

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO,**  
**MORAL Y POLÍTICA I**



**TESIS DOCTORAL**

**Orientación resocializadora de la pena:  
¿desorientación del Derecho Penal?**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**Lívia Luz Farias**

DIRECTOR

**Fernando Santa Cecilia García**

Madrid, 2017

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y**  
**POLÍTICA I**



**ORIENTACIÓN RESOCIALIZADORA DE LA PENA:**  
**¿DESORIENTACIÓN DEL DERECHO PENAL?**

**Tesis Doctoral**

Memoria presentada por la obtención del grado de Doctora por la doctoranda Livia Luz Farias, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Fernando Santa Cecilia García

**MADRID, 2015**

*Comparto, por convicción moral, claro es, y no por demostración racional, el criterio de que la pena preventiva, encaminada a tratar de conseguir la readaptación a una convivencia normal del delincuente en la sociedad, representa un avance positivo, que debe ser conservado y no rechazado, ni por malos entendidos de concepto, ni por la ineficacia harto demostrada en la historia penitenciaria de sus resultados.*

FRANCISCO BUENO ARÚS

## ÍNDICE

Abreviaturas .....	1
Resumen .....	2
Abstract .....	6
Bibliografía destacada .....	9
Introducción .....	13
1. Justificativa filosófica .....	14
2. La Ciencia del Derecho Penal: el saber empírico y el saber normativo no pueden seguir sus caminos distanciados .....	18
3. Una Cuestión terminológica .....	28
CAPÍTULO PRIMERO .....	29
La Dignidad de la persona, la Normativa Internacional sobre Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho .....	29
La Dignidad de la persona, la Normativa Internacional sobre Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho .....	30
1. La dignidad Humana: previsión en el Derecho Positivo moderno .....	30
2. El concepto de Dignidad .....	32
2.1. Comprensión Histórico Espiritual .....	32
2.2. Concreción .....	36
2.3. Transcendencia del principio para el Derecho Penal .....	38
3. Normativa Internacional sobre Derechos Humanos y organismos judiciales regionales .....	39
3.1. La orientación preventivo especial de la pena .....	42
4. Casuística judicial .....	44
4.1. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos .....	45
4.1.1. El criterio de la Intensidad del sufrimiento .....	47
4.1.2. El criterio de la Apreciación relativa .....	48
4.1.3. Condiciones penitenciarias .....	49
4.2. Tribunal Constitucional Español .....	50
4.2.1. Comportamientos exigidos en establecimientos penitenciarios .....	53

4.2.2. Inspecciones y registros corporales .....	54
5. El Estado Social y Democrático de Derecho .....	56
6. Toma de postura .....	59
CAPÍTULO SEGUNDO .....	63
La Resocialización en la Ciencia del Derecho .....	64
1. Diferentes perspectivas filosóficas de aproximación a la idea resocializadora .....	64
1.1. Tradición Católico-Cristiana .....	67
1.2. Ética Calvinista.....	69
1.3. Positivismo Criminológico .....	72
1.4. El Correccionalismo.....	74
1.5. Escuela Sociológica de Von Lizst .....	78
1.6. Escuela de la Defensa Social.....	80
1.7. La transición del sistema monista al sistema dualista de penas y medidas de seguridad .....	82
2. Fundamento racional del sistema penal .....	87
3. Teorías sobre los fines de la pena .....	90
3.1. Teorías absolutas o retribucionistas .....	91
3.2. Teorías relativas o prevencionistas .....	94
3.3. Teorías ecléticas o unificadoras .....	97
4. Emplazamiento de la <i>reinserción</i> en el aparato categorial del sistema jurídico.....	103
4.1. Sistema penal .....	103
4.2. Sistema penitenciario.....	105
4.3. Sistema constitucional .....	112
4.4. Teoría General del Derecho .....	113
5. Posición de la doctrina penal española .....	117
6. Interpretación por parte del Tribunal Constitucional .....	128
7. Toma de postura .....	138
CAPÍTULO TERCERO .....	145
La Resocialización en la Ciencia Criminológica.....	146
1. Consideraciones iniciales .....	146
2. Surgimiento y desarrollo histórico .....	148
2.1. Etapa pre científica.....	149
2.1.1. Escuela Clásica.....	149
2.1.2. Penitenciarismo.....	152

2.1.3. Fisionomía .....	154
2.1.4. Frenología.....	155
2.1.5. Psiquiatría.....	157
2.1.6. Antropología.....	159
2.1.7. Estadística Moral o Escuela Cartográfica .....	160
2.2. Etapa científica .....	161
2.2.1. Escuela Positiva criminológica: Lombroso (1835-1909), Ferri (1856-1929) y Garófalo (1852-1934) .....	161
2.2.2. Escuela de Lyon .....	170
2.2.3. Terza Escuela .....	171
2.2.4. Escuela de Marburgo.....	172
2.2.5. Escuela o movimiento de la Defensa Social .....	173
2.2.6. Pensamiento de G. Tarde .....	175
3. Definición y objeto de estudio .....	176
4. Una dificultad de diálogo .....	178
5. El cambio del paradigma causal y sus consecuencias en la comprensión del fenómeno criminal.....	180
5.1. El criminal: del criminoso nato hacia el paradigma de la normalidad y diversidad .....	183
6. Enfoque en la sociedad – teorías criminológicas de corte sociológico .....	187
6.1. Criminología del conflicto y del consenso .....	187
6.2. Escuela de Chicago y el inicio de la Sociología Criminal.....	190
6.3. Teorías estructurales funcionalistas.....	197
6.3.1. Anomía (Durkheim) .....	197
6.3.2. Estructura Social Defectuosa.....	200
6.4. Teorías subculturales .....	204
6.4.1. Delincuencia Juvenil (Cohen) .....	205
6.4.2. Oportunidad Diferenciada (Cloward y Ohlin).....	208
6.4.3. Vertientes críticas.....	212
6.5. Teorías del “proceso social” .....	215
6.5.1. Aprendizaje social (Sutherland y Cressey) .....	216
6.5.2. Identificación diferencial (Glaser) .....	221
6.5.3. Refuerzo diferencial (Akers) y Condicionamiento operante (Jeffery).....	223
6.5.4. Neutralización (Sykes y Matza) .....	225
6.6. Explicaciones sociológicas conflictuales.....	228

6.6.1. Reacción social (labelling aproach) .....	229
6.6.2. Modelos de Dahrendorf, Vold y Turk .....	233
7. El enfoque en el individuo.....	234
7.1. Los perfiles criminales de Lombroso .....	235
7.1.1. Los Tipos congénitos .....	237
7.1.2. Los tipos no-congénitos .....	239
7.2. Especial atención a los “incorregibles” .....	241
8. Factores Psicopatológicos .....	243
8.1. Los procesos intrapsíquicos.....	245
8.2. Orientaciones psicologicistas .....	248
8.3. Factores biosociales .....	252
8.3.1. Antropometría, Antropología, Biotipología .....	253
8.3.2. Neurociencias.....	255
8.3.3. Endocrinología.....	258
8.3.4. Sociobiología .....	259
8.3.5. Genética .....	261
8.4 Factores sociales de riesgo y de protección .....	265
9. Tratamiento penitenciario .....	267
9.1. Resocialización: prevención terciaria del delito.....	269
9.2. Evolución del concepto de tratamiento penitenciario.....	272
9.3. Programación individualizada del tratamiento penitenciario.....	274
9.3. ¿El Tratamiento Penitenciario funciona? .....	278
10. Toma de postura .....	283
Conclusiones.....	285
Bibliografía.....	292

## **Abreviaturas**



## **Abreviaturas**

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ART	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
COMT	Gen catecol O-metil-transferasa
CP	Código Penal
CE	Constitución Española
CIE	Clasificación internacional de enfermedades
DSM-IV-TR	Clasificación de enfermedades mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría
EEC	Eletroencefalograma
FJ	Fundamentación jurídica
IRM	Imágenes por resonancia magnética
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
PET	Tomografía con emisión de positrones
RP	Reglamento Penitenciario
RMTR	Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TDAH	Transtorno por Deficit de Atención y Hiperactividad
TC	Tribunal Constitucional

## **Resumen**

Este trabajo de investigación fue un intento de acercarse al tan controvertido tema de la idea resocializadora de la pena.

Preliminarmente, se alertó para la necesidad de aproximación del saber normativo al saber empírico científico-criminológico, dos áreas del conocimiento imprescindibles a la implantación y desarrollo de la función preventivo especial de la pena.

En un segundo momento, se hizo un estudio del tema con relación al principio de la Dignidad Humana, la normativa Internacional sobre Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho. En un tercer momento en el ámbito de la ciencia del Derecho Penal, para aclarar cómo está tratada la *idea resocializadora* en la doctrina y jurisprudencia penal. Posteriormente, se investigó sobre la función preventivo especial de la pena desde una perspectiva criminológica, con el objetivo de certificar su plausibilidad y desarrollo.

Como originariamente concebido, el Derecho Penal Clásico resistió a la aceptación del *desideratum resocializador*. De hecho, para los clásicos, el papel del Derecho Penal, se agota en la retribución del mal causado por la conducta delictiva. El hombre es, en definitiva, un ser racional y el que delinque es aquél que hizo mal uso de la razón. La pena debe consistir en una pronta retribución, racional y proporcionada, del hecho criminal, que funcione como disuasión a la decisión de delinquir. El derecho penal no cumple una utilidad social que se extienda más allá de la pura y simple compensación del mal causado por las conductas delictivas que amenazan el orden social.

Con el progreso de las ciencias naturales y notable intervención del ser humano en su entorno natural, observado desde el siglo XIX, se levanta la hipótesis de que la génesis del crimen estaría en el delincuente y su erradicación en el detallado conocimiento de sus características físicas, biológicas y psicológicas acompañado de una intervención científicamente orientada.

Ahí se encuentra la semilla de la criminología científica: la finalidad rehabilitadora de la pena no solo es aceptada por la criminología sino también es uno de sus postulados iniciales. De los conocimientos criminológicos aplicados en la ejecución se demanda una intervención en el propio delincuente con el fin de proteger la sociedad de sus impulsos destructivos y, en los casos en los que fueran posibles, tratar su “desvío”, cuando solo entonces deberían volver a la convivencia social.

Una vez levantada la posibilidad teórica de intervención en la persona que practicó la conducta criminal, el Derecho Penal mantiene su reserva, caracterizándose por ser una ciencia normativa y no empírica, niega que su objeto de estudio sea el estudio de la génesis criminal y su objetivo sea dar una solución a tan complejo problema. Más bien, tratará de identificar los elementos normativos que deben hacerse presentes en los supuestos de hecho para autorizar la intervención penal del Estado. Concretizada la intervención estatal en la pena aplicada jurisdiccionalmente a una persona concreta, se llamará al Derecho Penitenciario para tratar de establecer las normas jurídicas relativas a su ejecución, entre las cuales estará incluida la idea del tratamiento penitenciario.

Sin embargo, no se puede negar que la garantía constitucional de la Dignidad de la Persona, prevista en el artículo 10 de la Constitución Española y la norma prevista en su artículo 25.2, al prescribir que las penas privativas de libertad estará orientadas hacia la reeducación y reinserción social, obliga que el Derecho Penal cuestione: ¿Es verdad que el modelo disuasorio-retributivo de la pena es el único capaz de enfrentar a la realidad de las condenas penales? ¿A parte de la retribución, no sería legítimo pretender un efecto preventivo integrador a la pena? ¿Desde que la pena privativa de libertad pasó a constituirse en una restricción que se extiende en el tiempo, y los sujetos que cumplen una condena pasan a ser titulares de derecho, se exigirá de la pena un contenido positivo integrador que no se agote en la intimidación y retribución? ¿En términos teóricos es posible una convivencia entre ambas finalidades? Empíricamente, ¿Será ésta toda una labor imposible o que todavía está “por venir”?

Finalmente, a partir de las reflexiones originadas del estudio de la idea desde la perspectiva de la ciencia del Derecho Penal y de la perspectiva de la ciencia criminológica, se llegó a la conclusión de que el sentido de la

prevención individual del crimen puede convivir con el Derecho Penal, pero es fundamental que sea aclarado el “cómo”, de qué manera tal intento puede ser llevado a cabo.

## **Abstract**

This investigative work has the intention of approaching the controversial theme that is the resocializing idea of the punishment.

On a primary moment, it was alerted to the need of an approximation of the normative knowledge to the scientific-criminological empirical knowledge, two essential branches of knowledge to the development and implementation of the special preventive function of the punishment.

On a second moment, it was made a study of the issue in relation to the principle of Human Dignity, International Human Rights and Social and Democratic State of Law. On a third moment it was made a study of the theme from the perspective of Criminal Law, to clear up how is being treated the resocializing idea on the doctrine and legal jurisprudence. Later, it was investigated about the special preventive function of the punishment from a criminological perspective, meant to check its development and plausibility.

As it was originally conceived, Classic Criminal Law resisted the acceptance of the *resocializing objective*. In fact, to the traditionalists, the function of Criminal Law is over with the retribution of the harm caused by the criminal activity. The man is, definitively, a rational being and the one that commits harm to others has badly applied his reason. The punishment should consist in prompt retribution, rational and proportional of the criminal offense, to work as a dissuasive on the decision to commit a crime. Criminal law does not fulfill a social utility that extend beyond the pure and simple compensation of harm caused by criminal conduct that threat the social order.

With progress in the natural sciences and the notable intervention of the man on its natural surroundings, observed since the 19<sup>th</sup> century, a hypothesis is raised that crime genesis would be on the offender and his eradication on its detailed knowledge of his physical, biological and psychological characteristics, accompanied by a scientific oriented intervention.

Here is found the seed to scientific criminology: the rehabilitating finality of the penalty is not only accepted by criminology, but

is also part of its basis. From the criminological knowledge applied on the execution, is demanded an intervention in the individual himself, intending on protecting the society of his destructive tendencies, and on possible cases, to “treat his diversion”, when then they should return to social cohabitating.

Once a theoretical possibility of intervention on an offender is raised, criminal law keeps its reservations, characterized from being a normative science, not an empirical one, denying its object of study of a criminal genesis and its objective is to find a solution to the complex issue. Rather, it will seek to identify regulatory elements that must be present on the supposed circumstances that warrant legal intervention from the State. Solidified the State’s intervention, penitentiary law will be called upon to establish the relative judicial norms to its execution, in which will be included the penitentiary treatment idea.

Without question, it cannot be denied that the constitutional guarantee of the Person’s Dignity, as established on article 10 of the Spanish Constitution and the norm predicted in its article 25.2, when prescribes that penalties that aim to take away a person’s liberty will be oriented towards the re-education and social re-establishment, making Criminal Law question: Is it true that the retributive-dissuasive model of punishment is the only one capable of confronting the reality of criminal punishments? Aside from retribution, would it not be legitimate to introduce a preventive effect to the punishment? Since the taking away of liberty became a penalty that extends over time, and the subjects of it become entitled to the law, will it be required of the punishment an integrative and positive aspect that does not end in intimidation and retribution? Theoretically, is it possible achieving both ends? Empirically, is it an impossible task or “still to come”?

Finally, starting from the reflections originated in this study of the idea, from the perspective of the science of Criminal Law to the science of Criminology, it is concluded that the meaning of the prevention of an individual of crime can co-exist with Criminal Law, but it is vital that is cleared “how”, in a way that such attempt can be carried out.



## **Bibliografía destacada**

1. ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y límites al *jus puniendi* desde el Estado democrático, s/n edición, Madrid, Ed. Dilex, 2006.
2. BUENO ARÚS, F. “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, Cuadernos de Política Criminal, nº 7, 1979  
  
\_\_\_\_\_, “Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la criminología” en Revista del Poder Judicial, núm. 7, junio de 1983.  
  
\_\_\_\_\_, La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica, s/n edición, Navarra, Editorial Aranzandi, 2005.  
  
\_\_\_\_\_, Nociones de Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia, s/n edición, Madrid, Dykinson, 2008.
3. CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español, 6a edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
4. GARCÍA VALDÉS, C. (coord.), Historia de la Prisión, Teorías Economicistas, s/n edición, Madrid, Edisofer, 1997, p. 404.  
  
\_\_\_\_\_, Comentarios a la legislación penitenciaria, 2a. edición, Madrid, Ed. Civitas, 1982.  
  
\_\_\_\_\_, La Ideología Correccional de la Reforma Penitenciaria Española del Siglo XIX, s/n. edición, Madrid, EDISOFER, S.L., 2006.
5. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función *resocializadora* del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, ADPCP, 1979, p. 677.

\_\_\_\_\_, *A propósito del “grado” de Criminología*, en Estudios Penales en homenaje al Professor Rodrigo Fábio Suárez Montes, FERNÁNDEZ TERUELO, J. V. (Coord.), s/n edición, Oviedo, Constitutio Criminales Carolina, D.L., 2013, pp. 261/270.

\_\_\_\_\_, *Introducción al Derecho Penal*, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal, 5a. Edición, Madrid. Ed. Universitaria Ramon Areces, 2012.

\_\_\_\_\_, *Tratado de Criminología*, 5a. Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

6. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y Método de la ciencia del Derecho Penal*, s/n, Madrid, Tecnos, 1999.
7. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E., “Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOGP” en Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, n. 33, 1995.
8. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1994, traducción de M. Rodríguez Molinero.
9. LIZST, F., *La idea del fin en el Derecho Penal: programa de la universidad de Marburgo (1882)*, s/n edición, Granada, Ed. Comares, 1995, introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar , traducción de Carlos Pérez del Valle.
10. SANTA CECILIA GARCÍA, F., *Crisis del Principio de Legalidad en Materia Penal*, en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO SIERRA, A., (Editores), *Principios del Derecho*, vol. I, s/n edición, Madrid, Ed. Dyckinson, 2014.

\_\_\_\_\_ *Corrupción y Derecho Penal*, en Tribuna Complutense, p. 12, publicado en 14/10/2014.

11. SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, M. I., El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social, 1a. Edición, Madrid, Ed. Dykinson, 2012.
12. SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Introducción a la criminología, 6a. Edición, Madrid, Dykinson, 2009.

## **Introducción**

## 1. Justificativa filosófica

Desde mi experiencia profesional como Fiscal del área criminal, en la provincia de Bahía-Brasil, siempre me ha preocupado la manera superficial como es invocada la finalidad *resocializadora* de la pena, en la mayoría de las veces como obligación ineludible del Estado de “recuperar” a la persona que había cometido un crimen, como si no dependiera de la voluntad del sujeto la decisión sobre delinquir/dejar de delinquir, y ahora la función *precipua* del Estado sería “recuperarle”.

En el marco político del actual Estado Social Democrático de Derecho, aquél sentido de la idea *resocializadora*, presente en el art. 25.2 de la Constitución española, es refutada dentro de la Constitución misma por el principio del libre desarrollo de la personalidad. Al Estado no está permitido intervenir en el “foro íntimo” de la persona, por ese motivo, varios penalistas han alertado sobre la vocación totalitaria de la idea *resocializadora*.<sup>1</sup> Ya sabemos que considerar la idea resocializadora partiendo del supuesto de que el individuo está fuera de sí mismo, siendo una obligación del Estado recuperarle, no es el sentido correcto del precepto constitucional de la resocialización en un Estado democrático de Derecho. Si eso es cierto, en qué sentido debe intervenir? ¿Qué tipo de orientación es ésta a la que se refiere la Constitución española? Es lícito y posible la intervención en la vida psíquica íntima del individuo? ¿O la violación de sus derechos fundamentales con el pretexto de promoción de su recuperación? ¿O que la orientación resocializadora ignore la realidad de sufrimiento causado a la víctima del delito, llevando el perpetrador a estar reinsertado próximo de sus víctimas?

La escasa literatura producida por juristas respecto del tema representa un obstáculo a la investigación. Naturalmente debe ser así porque la dogmática del Derecho Penal y la jurisprudencia no se ocuparán de “los caminos científicos de intervención en la delincuencia” o de “los caminos

---

<sup>1</sup> “Políticamente, se ha dicho, la idea de la resocialización no permite trazar un límite claro y preciso al “jus puniendi” estatal, con lo que se frustra uno de los objetivos liberales más trascendentales (...) Por otra parte, la experiencia histórica ha demostrado que los ideales *resocializadores* son proclives al abuso, a la manipulación política. Que, de hecho, siempre suele ser el contrincante o el adversario político el necesitado de corrección, de reforma, de resocialización. No me constan antecedentes del ideal *resocializador* en regímenes liberales, por lo que no es una garantía tranquilizadora el humanismo del que hacen gala algunos de los autores que lo propugnan” en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función *resocializadora* del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, Madrid, ADPCP, 1979, p. 677;

para la enmienda del alma del delincuente”, la difícil misión de corrección del hombre moral no cabe al Derecho Penal, más bien tendrán como objeto de estudio y perfeccionamiento la normativización penal, sirviéndose de un método lógico abstracto para establecer los criterios y condiciones en las que la imposición de una pena puede ser considerada legítima.

Como ha resaltado GARCÍA-PABLOS, el tema elegido era mucho más profundo de lo que se podría plantear inicialmente: “*Lejos de ser una polémica vacía, suscita los problemas más acuciantes del derecho y obliga a plantear y definir la concepción del hombre, de la sociedad, las relaciones entre uno y otra y la propia función del derecho*”.<sup>2</sup>

¿Será que la retribución de un mal practicado por parte del individuo, la cual los ciudadanos ya no pueden llevar a cabo por sus propias manos, encuentra una barrera en la idea *resocializadora*? ¿Las dos ideas (retribución y prevención especial) van en sentido contrario?

Así está justificado el presente trabajo: la existencia de la situación problemática consistente en la equivocidad de sentidos que se invoca cuando se trata del tema; situación grave ya que se presenta como “orientación” constitucional que, por lo tanto, en teoría, no podría estar “desorientada”. La relevancia científica y social en profundizarse en el tema de ahí adviene, con la finalidad de evitar una práctica penal y penitenciaria confusa que en nada contribuye para la convivencia pacífica entre los seres humanos, indiscutible fin del Derecho.

Una “media verdad” frecuentemente divulgada por los medios de comunicación en masa es la de que la prisión no *resocializa*. Sin embargo, no se puede perder de vista la equivocidad de la idea *resocializadora*, lo que hace que nadie sepa exactamente lo que se pretende expresar con ella. Simplemente el recuerdo de eso nos obliga a admitir tratarse de un juicio prematuramente formulado y no será prudente tomarlo con el tono de “verdad reveladora”.

---

<sup>2</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función *resocializadora* del Derecho Penal...”, ob. cit. p. 648.

La idea resocializadora de la pena, otrora nombrada “utopía, mito y eufemismo” no parece haber cambiado de lugar<sup>3</sup>. Sigue siendo una “supuesta” función del Derecho Penal que, aunque nadie sepa exactamente de lo que se trata, muy sutilmente y poco a poco va ampliando su poder de persuasión, confundiendo y desorientando a los profesionales que a la práctica del Derecho Penal se dedican.

La cuestión central es que si la función que otrora se pretendió conferir a la pena no es tratada con la seriedad que merece, puede llegar, en la práctica cotidiana, a coincidir con una completa ausencia de seguridad, que no protege al individuo que está cumpliendo pena, sujeto a un pronóstico incierto, tampoco a la sociedad, obligada a soportar la impunidad, la multireincidencia y la decadencia moral.

Puede ser plausible el hecho real de que el ser humano condenado a cumplir una condena, como regla, no desarrolla el valor de la responsabilidad de asumir las consecuencias de sus actos en función de haberla cumplido. Pero no parece que esto sea un problema del sistema carcerario. Este es un problema humano profundo aún no desvendado, porque mientras unos, aunque en pésimas condiciones de la cárcel tiene la capacidad de voluntad de abandonar la vida destructiva del delito, otros siguen indiferentes a todo y cualquier esfuerzo en prol de su recuperación.

Estamos tratando de una sociedad mediática, de consumo en masa, pautada en valores superficiales, en la que el valor de la responsabilidad – es decir, que uno asuma integralmente las consecuencias negativas de sus hechos - es raro de desarrollarse en “libertad” y no hace falta cumplir una condena penal para perderlo. Si no se acusa el sistema educacional por el crecimiento de la criminalidad, ¿porque se está reprochando al sistema penal que nunca fue pensado para fines pedagógicos inmediatos y encima suele ser accionado demasiado tarde, cuando han fallado todos los demás sistemas de prevención?

Es verdad que las ciencias empíricas aportan datos en el sentido de qué una inclinación constante hacia la destrucción, un déficit de socialización, un complejo de inferioridad, una voluntad débil, son comúnmente encontrados en el hombre que practica el delito, y que el “no” a

---

<sup>3</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función *resocializadora* del Derecho Penal...”, ob. cit.



la orientación *resocializadora* de la pena autoriza a que ningún esfuerzo sea emprendido con el objetivo de apoyarle en la superación de las limitaciones que le llevaron a la práctica de uno o reiterados delitos.

Pero también es verdad que la prevención del delito en un nivel terciario (sistema penitenciario) tiene una eficacia muy reducida y está lejos de considerarse una “fórmula salvadora”. El peligro para la ciencia del Derecho está en el mensaje subliminar que parece estar sendo paulatinamente aceptado, muy naturalmente, de que el problema lo causa el propio sistema penal, siempre discriminatorio, excluyente y represivo.

Si el problema lo causa el sistema penal, entonces, la solución estaría en una gradual mitigación de la intervención penal del Estado hasta su desaparición, o en la reformulación de un Derecho Penal sin consecuencias, vacío, sin fuerza. Esa es la cuestión fundamental que debe ser enfrentada por los operadores del Derecho Penal.

Hay que preguntarse, con seriedad, como y en que medida la idea resocializadora de la pena debe ser aceptada como función del Derecho Penal e, incluso, si, *de lege ferenda*, debe ser aceptada.

Se trata, por fin, de un intento de acercarse, con más profundidad, a tan controvertido tema, para aclarar si el sentido de la idea resocializadora es capaz de convivir con el Derecho Penal y cómo, sirviendo como punto de orientación a los profesionales de las más variadas ramas que se dediquen a trabajar en la Justicia Penal.

## 2. La Ciencia del Derecho Penal: el saber empírico y el saber normativo no pueden seguir sus caminos distanciados

Un aspecto esencial de la ciencia es su apertura a la obtención de nuevos conocimientos sobre un determinado objeto de estudio, objetivo perseguido espiritualmente por aquellos que a ella se dedica. Ha preguntado LARENZ, en su día, ¿Qué es la ciencia del Derecho?

*Que es la ciencia del Derecho? (...) ¿Es realmente una “ciencia”, es decir, una actividad espiritual plenamente planeada y dirigida a la obtención de conocimientos, o es solo un saber ordenado de lo que en una determinada comunidad jurídica se considera “Derecho” hic et nunc, o es quizá una “tecnología”, una indicación para resolver de modo uniforme los casos jurídicos según determinadas reglas, que se podrían calificar de máximas prácticas o reglas convencionales? ¿Es quizá todo eso a la vez? A estas preguntas se han dado todas las respuestas imaginables.<sup>4</sup>*

El referido autor analiza un sin número de respuestas dadas a esa cuestión. En la tradicional dogmática penal alemana, siempre se ha observado una lucha ideológica entre distintas líneas de pensamiento para conferir un sentido fundamental a la ciencia del Derecho.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Vid. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, 1ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1994, traducción de M. Rodríguez Molinero, p. 25.

<sup>5</sup> Vid. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho..., ob.cit., sobre la Teoría del Derecho y Metodología en Alemania, desde Savigny hasta los “empeños metódicos actuales”: la “concepción histórica del Derecho, de Savigny”; la “genealogía de los conceptos, de Puchta”, el “método histórico natural, de Ihering”; el “positivismo legal racionalista, de Windscheid” ; la “teoría objetiva de la interpretación”, de Binding, Wach y Kohler; la “teoría psicológica del Derecho”, de Bierling; el “giro de Ihering hacia una jurisprudencia pragmática”; la “Jurisprudencia de intereses”, de Heck y Stoll; el “voluntarismo y el movimiento del derecho libre”, de Bülow, Kantorowicz e Isay; la “sociología del Derecho”, de E. Ehrlich y F. Jerusalem; la “teoría Pura del Derecho,” de Kelsen; la “Teoría de la Ciencia del Derecho”, de Stamler; el “neokantismo alemán sudoccidental y la Teoría de los valores”, de Rickert, Lask, Radbruch y Sauer; el “Idealismo objetivo y Dialéctica”, de Binder y Schönfeld; la “teoría fenomenológica del Derecho”, de Reinach, Welzel y G. Husserl, la “jurisprudencia de la valoración”, de Westerman, Reinhardt, Oscar Adolf Germann, Heinrich Kronstein, Coing y Zipelius; el “modo de pensar tópico”, de Viehweg; la “argumentación jurídico racional”, de Kriele; y las “tendencias contrarias a la jurisprudencia de valoración”(Müller y Forsthoff), pp. 31/174.

Con el progreso de las ciencias naturales observado en el siglo XIX, el primer direccionamiento en el ámbito del Derecho fue la reunión de todos los esfuerzos objetivando su elevación al rango de ciencia, motivo por lo cual se postula para la ciencia jurídica una metodología parecida al método científico natural, sea comparando el Derecho a un hecho psicológico, sea comparándole a un hecho social para, desde ahí, extraerse consecuencias normativas. Se asiste, en ese siglo, a un predominio de la concepción positivista del Derecho.

*Se ha caracterizado al positivismo francamente como una dirección espiritual “predominantemente negativa”, como “negativismo”, justamente porque su primer y más enérgico afán fue el rechazo de todo planteamiento metafísico, y, con ello, el excluir de la Ciencia del Derecho la cuestión acerca de un “sentido” o “valor” objetivamente válidos. A este respecto no debe, ciertamente, pasarse por alto el ethos científico que frecuentemente determina la actitud del positivista; éste considera que “las ideas eternas” o “valores absolutos” no son aprehensibles racionalmente y, por ello, recela de hacer enunciados o presuposiciones “no demostrados”. Esta autoresignación científica del positivista no excluye que él afirme, para su persona, determinados valores y postulados éticos. Pero los remite al ámbito de la creencia personal y de la convicción moral del individuo, sobre lo cual, en su opinión, no es posible un enunciado científico. No niega, por ejemplo, que el postulado de justicia tenga validez para la conciencia moral del individuo; pero opina que no es accesible al conocimiento científico y que, por tanto, no es un posible principio de una Ciencia positiva del Derecho. En último caso puede reconocer la “vivencia de la justicia” como un hecho antropológico, que, como tal, “nunca puede ser eliminado del pensamiento jurídico” – en cambio, la idea de justicia no es para él un principio, objetivable en el conocimiento, de validez general, que, como tal, pudiera tener importancia para el conocimiento del Derecho positivo-.”<sup>6</sup>*

Durante el siglo XX se intentó fundamentar la independencia de las “ciencias del espíritu” oponiéndose a una psicología o metodología que

---

<sup>6</sup> Vid. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho..., ob.cit., p. 58.

procedía de modo puramente científico natural (neokantismo, neohegelismo, fenomenología, historicismo). Las diferentes direcciones de pensamiento, con puntos de partida teóricos completamente distintos, consideraron el Derecho y la ciencia del Derecho cada uno bajo una perspectiva distinta, produciendo terminologías específicas y comúnmente contradictorias. Sin embargo, coincidieron en la idea de que el concepto positivista de ciencia, cuya influencia es importante para la comprensión de la ciencia del Derecho, no es suficiente para el entendimiento de la misma pues para la ciencia del Derecho, producto del actuar humano, no solo es importante existir material o físicamente, sino también “valer”.

*(...) se dio cuenta que es inherente al Derecho, según su “sentido”, la pretensión de “rectitud” en el sentido de “justicia”; expresado de otro modo: que toda norma jurídica y todo instituto jurídico hacen referencia al mismo tiempo, por su propio sentido, a un sentido total del Derecho, a la “idea del Derecho.”<sup>7</sup>*

Los fenómenos físico-naturales presentan regularidades repetitivas. Con la aplicación de unas técnicas de medición, registro y observación es posible demostrar empíricamente un hecho natural e incluso prever su ocurrencia. De esas técnicas se extrae un tipo de conocimiento verificable por los demás. La objetividad es la principal característica del conocimiento científico y mientras se camine por los dominios de la física, química y biología, en principio, no habrá ningún problema en concluir sobre la científicidad de esos conocimientos.

Sin embargo, el devenir humano es distinto. El ser humano se enfrenta siempre con distintas posibilidades de elección según diferentes convicciones morales, y así interviene en la realidad, modificándola permanentemente. El Derecho, siendo una expresión de la cultura humana, está sometido a constante mutación como resultado de la actuación de distintas fuerzas sociales. Del fenómeno jurídico no se puede esperar una perpetuidad, pero eso no significa una ausencia de sentido y seguridad.

---

<sup>7</sup> Vid. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho..., ob.cit., p. 140.

Siempre ha existido fuerte resistencia a la aceptación de una ciencia del Derecho, sea porque tienen un objeto de estudio cambiante, sea porque el papel del conocimiento es secundario en relación con la voluntad y el elemento sentimental en la toma de decisiones jurídicas, sea incluso, porque en ninguna otra ciencia se exige una conclusión (“un problema de la Ciencia natural, una cuestión relativa al proceso histórico, pueden quedar sin contestar, al menos de momento, pero el caso jurídico, sometido al juez para su resolución no.”<sup>8</sup>), o porque en ninguna otra ciencia a una conclusión no se la reputa verdadera o falsa sino sólo defendible.

Una conocida tesis jurídica defiende que un tipo de conocimiento que se dedique a estudiar el Derecho no puede ser considerado ciencia, debido a que aquél constituye un objeto de estudio cambiante. V. KIRSCHMANN, su autor, se tornó conocido por haber afirmado, con un tono de exageración, que “bastan tres palabras innovadoras del legislador para que bibliotecas enteras se conviertan en papel inservible”<sup>9</sup>.

En contrario de lo que dijo V. KIRSCHMANN, el cambio de las leyes penales no implicará en la inutilidad de lo que establecía el reglamento anterior, sino en una continuidad del mismo. Los penalistas se proponen a aclarar y dar uniformidad y aplicabilidad al Derecho Penal y, en esa actividad, no se limitan a las proposiciones jurídicas de un Código determinado. Lo que se suele llamar ciencia del Derecho Penal (o Dogmática Penal) es una actividad espiritual cuya finalidad es la búsqueda de sentido de las normas, de donde resulta la formación de un conjunto de conocimientos resultado de un riguroso examen del sistema penal, con el objetivo de garantizar el valor de seguridad y coherencia de las decisiones jurídicas, pero sin dejar de cuestionar el contenido de valor de sus disposiciones.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Vid. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho..., ob.cit., p. 26.

<sup>9</sup> Vid. KIRSCHMANN, La Jurisprudencia no es ciencia, s/n, Madrid, Civitas, 1949, traducción de Truyol y Serra, p. 54.

<sup>10</sup> En la doctrina española, Enrique Bacigalupo confirma esa “vida autónoma” de la Dogmática, independiente de su relación con determinado ordenamiento jurídico penal positivo: “Jimenez de Asúa no explicitó sus fundamentos metodológicos. Sin embargo, su gran mérito ha sido introducir, a partir de La Teoría Jurídica del Delito de 1931, lo que podríamos llamar el principio de la validez autónoma o independiente de las teorías dogmáticas, es decir, el reconocimiento de la vida propia de las teorías dogmáticas, libres de su origen respecto una determinada ley. Esta tesis metodológica- que rompe radicalmente con las concepciones más extremas del positivismo jurídico, tal como era entendido, p. ej., por Binding- no ha sido puesta en duda seriamente en nuestra dogmática”, vid. BACIGALUPO, E., Teoría y

No obstante, recuerda GIMBERNAT ORDEIG que es diferente de una teoría física una teoría jurídica, y no podrá pretender alcanzar la calificación inequívoca de verdadera o falsa, como máximo podrá ser considerada defendible:

*La dogmática jurídica ¿puede presentar también conocimientos verdaderos sobre su objeto como los que, por ejemplo, nos presenta la física con la ley de la caída de los cuerpos? No es cierto que la exactitud de las ciencias naturales se echa muchas veces de menos en la dogmática jurídica? Es frecuente, en efecto, que la ciencia del Derecho fracase en su propósito de llegar a conocer lo que verdaderamente dice el Derecho Positivo. A menudo se dice de una interpretación jurídica, no que es correcta o verdadera, sino que es defendible.<sup>11</sup>*

En el medio jurídico, lo que ha sido verdad ayer hoy podrá dejar de serlo, pero eso no quiere decir que en el ámbito del Derecho todo es posible y todas las soluciones pueden ser verdaderas. Es aquí que entra la misión de la ciencia jurídica: buscar el sentido de valor de las normas y, a partir de ahí, producir un saber sistematizado de las proposiciones jurídicas con el objetivo de fijarles su contenido, valor, extensión y límites de aplicabilidad, para facilitarles su aplicación en los casos concretos de la vida.

El estudio científico del Derecho repudia las críticas superficiales, exigiendo un grado de objetividad que torne defendible una determinada teoría jurídica, que supere la subjetividad del investigador (la mera opinión) y pueda ser comprendido también por los demás. Ese es un sentido de la científicidad de la dogmática penal:

*La ciencia del Derecho lo es porque - y en tanto en cuanto-los conocimientos que la integran no son subjetivos, arbitrarios, adquiridos en base a prejuicios, sino objetivos, fundamentados,*

---

Práctica del Derecho Penal, Tomo I, 1ª. Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2009, p. 159.

<sup>11</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., Concepto y Método de la ciencia del Derecho Penal, s/n, Madrid, Tecnos, 1999, p. 111.

*defendibles (...). De la opinión arbitraria a la que falta toda característica de objetividad -esto es, de la opinión acientífica- es posible diferenciar la opinión que no ha sido establecida arbitrariamente, porque al investigador, por así decirlo, “le ha dado la gana”, sino sobre la base de consideraciones que trascienden la subjetividad del legislador y que son comunicables y comprensibles para otras personas.”<sup>12</sup>*

La cientificidad de la dogmática penal en parte reside en su objetividad, en la conformación de las teorías penales con la lógica del sistema de las normas jurídico-penales, repudiándose las opiniones bien intencionadas. Esa es una concepción que produce un tipo de saber sistemático, implica en una decisión en favor de la racionalidad y en contra del acaso y la arbitrariedad<sup>13</sup>. Pero no solo en esa objetividad se basa la ciencia del Derecho. Ésta, sin duda, es una apuesta por la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, pero también por el sentido del Derecho. Ofrecer seguridad en la aplicación de la ley, buscando un sistema de conceptos e ideas que guardan una coherencia interna lógica entre si (conjunto de conocimientos jurídico-penales) nos es el único objetivo de la actividad científico jurídica. También es su misión cuestionar el valor de los conceptos, de las ideas. Investigar el sentido de las normas.

No es posible inferir conclusiones racionales de juicios de valor, diría la perspectiva positivista.<sup>14</sup> LARENZ, analizando distintas concepciones de la ciencia jurídica dice que si es posible, dentro de ciertos límites, crear métodos de “pensamiento orientado a valores”.

---

<sup>12</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., Concepto y Método... ob.cit., p. 114.

<sup>13</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal, Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal, 5ª. edición, Ed. Universitaria Ramón Aceres, Madrid, 2012, Vol. II, p. 704: “El dualismo metodológico propugnado por LISZT, acentúa la importancia, en nuestra disciplina, del saber *sistemático*. Porque, con su afirmación de que: “el Derecho Penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal”, contrapone a los métodos jurídicos, en sentido estricto, de elaboración y ordenación sistemático-conceptual de los presupuestos del delito, los principios del tratamiento adecuado a la conducta desviada, que descansan en fundamentos empíricos. Al Derecho Penal, según LISZT, le correspondería la función liberal del Estado democrático de Derecho, consistente en proteger la libertad individual del Leviathan; y a la política criminal, la idea “de fin”, la “misión social” del Derecho Penal y, por lo tanto, los métodos adecuados – en sentido social- para una lucha eficaz contra el delito”.

<sup>14</sup> Eso también quiso decir WITTGENSTEIN, al afirmar que “la ética no puede ser expresada en proposiciones”, en WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, 3ª. edición, Madrid, Editorial Alianza, 2012, p. 66.

*La Dogmática jurídica se afirmará a si misma y cumplirá su función cuando y sólo cuando logre, en creciente medida, desarrollar y aplicar formas de un pensamiento orientado a valores – como el tipo jurídico, el concepto jurídico funcionalmente pensado, el sistema “móvil” y el “abierto”- y métodos de un pensamiento que no transcurre solo en una dirección sino en doble dirección – métodos de “concretización” y “tipificación”, de “analogía” y de “reducción teleológica”-<sup>15</sup>*

GARCÍA PABLOS se refiere a tres problemas de los cuales se ocupan fundamentalmente la Ciencia Penal contemporánea: “a) la relación entre el saber sistemático y el saber problemático; b) el grado de aproximación recomendable de la ciencia penal a la realidad, a la realidad social y la función del saber extrajurídico; y c) las relaciones entre Dogmática y Política Criminal”<sup>16</sup>.

El primer problema es consecuencia de la llamada crisis del pensamiento sistemático, tradicionalmente adoptado por la doctrina alemana. Como ha afirmado COING, *desde el punto de vista histórico, el más impresionante intento de construir por este método la jurisprudencia es la Ciencia Alemana del Derecho del siglo XIX. Su modelo es la matemática. Su objetivo es el desarrollo del Derecho Positivo hasta conseguir un sistema lógico cerrado de conceptos: La unidad de todo el sistema se encuentra en esta conexión lógica y no en la valoración moral*<sup>17</sup>.

Las soluciones resultantes del saber sistemático, en función de estar implicadas exclusivamente en salvaguardar el orden lógico del sistema, se desconectan de la necesidad de ofrecer soluciones a los problemas reales enfrentados por el sistema penal. Está bien que la solución de un caso jurídico parta de unos parámetros fijos previos ya que la representación del orden legal es imprescindible a la vida social y jamás coincidirá con la realidad porque pretende justamente el contrario: frente a una realidad permanentemente

---

<sup>15</sup> Vid. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho..., ob.cit., p. 225.

<sup>16</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol. II, p. 704.

<sup>17</sup> Vid. COING, H., Fundamentos de la Filosofía del Derecho, Ed. Ariel, traducción de MAURI, 1961, p. 279.



conflictiva su objetivo es fijar parámetros de justicia. Sin embargo, esta representación no se resume al formalismo jurídico, su coherencia y rigor lógico se pone a prueba constantemente por el hecho de ser una construcción social hecha para regular la convivencia.

*La sobrevaloración del pensamiento sistemático ha conducido a marginar los problemas políticos, sociales y humanos que subyacen al comportamiento delictivo. De forma que casi todas las teorías del delito, construidas hasta la fecha, no son más que sistemas de elementos que desintegran la conducta humana en una pluralidad de características , objetivas, subjetivas, normativas, etc, que se articulan en los diversos estadios del sistema. La historia de la Teoría del Delito en los últimos años es toda una peregrinación de sus elementos a través de los diferentes estadios del sistema<sup>18</sup>.*

El pensamiento problemático que supone una orientación hacia el problema, renunciando a las ventajas de seguridad y certeza del sistema cerrado, adopta una configuración de sistema abierta al caso concreto, dejando penetrar las valoraciones político-criminales en el sistema de Derecho Penal y tiene en ROXIN uno de sus representantes.<sup>19</sup>

En el pensar de GARCÍA-PABLOS, las ciencias extrajurídicas (por ejemplo, la Criminología) juegan un papel fundamental en tales decisiones valorativas político criminales porque facilitan las informaciones empíricas que han de servir de respaldo a la toma de posición. No obstante, como advierte el mismo autor, hay que ser prudente con los datos fornecidos por las ciencias empíricas porque esos son informaciones neutras que reclaman una interpretación y una valoración.

---

<sup>18</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol. II, p. 707.

<sup>19</sup> Sobre la materia, vid. ROXIN, C. , Política criminal y sistema del derecho penal, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1ª reimpresión, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2002, en su opinión, "la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para que sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras, motivadas político-criminalmente, de la regla estricta", p. 36/37.

*Y si el jurista, con su aproximación al mundo real, busca una mayor seguridad, no estaría mal observar cómo en las ciencias naturales – y en la Criminología, por ejemplo-se han abandonado desde hace tiempo las pretensiones de exactitud y certeza; como se ha advertido, es obvio que entre el desarrollo de las teorías criminológicas y la seguridad del conocimiento empírico, existe en la actualidad un significativo abismo; que los esquemas “monocausales” han sido sustituidos por planteamientos plurifactoriales más relativizadores y modestos; y la explicación “causal y explicativa” por “teorías”, “hipótesis”, “relaciones”, “conexiones”, “correlaciones”, “covariantes”, “modelos”, “postulados” y “generalizaciones empíricas”, más aptos para comprender los fenómenos de las ciencias humanas y sociales. Es más, no falta quien afirme que estamos llegando al punto cero de la Criminología y que el crimen, hoy por hoy, sigue siendo un acertijo, por ausencia del indispensable consenso paradigmático, requerido por el saber científico, en cuanto a su etiología y explicación<sup>20</sup>.*

Por tanto, la solución encontrada a los tres problemas antes mencionados, según la visión del autor, sería la aproximación de la Dogmática Penal a la Política Criminal y a la Criminología con la adopción de una Dogmática crítica, valorativa, abierta a las consideraciones de política criminal y a la utilización de los conocimientos de las ciencias extrajurídicas con la criticidad que les es debida, sin desconsiderar que el Derecho es sobretodo una ciencia normativa, de “deber-ser”.

*Esto es, que la Criminología, Política Criminal y Derecho Penal representan tres momentos inescindibles de la respuesta social al problema del crimen: el momento explicativo-empírico (Criminología), el decisonal (Política Criminal) y el instrumental (Derecho Penal). Saber empírico y saber normativo no pueden seguir sus caminos distanciados.<sup>21</sup>*

---

<sup>20</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol. II, p. 750.

<sup>21</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol. II, p. 744.

Es ésta última la concepción que se pretende seguir. Un conocimiento ordenado sobre un objeto de estudio es una vía para transmitirlo, una metodología es una indicación sobre cómo se llegó a determinada conclusión. Sin embargo, ni el saber sistematizado ni la metodología corresponde a la actividad científica en sí. La Ciencia del Derecho Penal es una actividad y, por lo tanto, es dinámica, está siempre perfeccionándose, ampliándose, en una dialéctica obligatoria entre la dirección propuesta por la norma y la realidad, expandiendo el conocimiento que preexistía a ella, motivada por la búsqueda del sentido.

Tratándose de una ciencia normativa, se ocupa de los fenómenos relacionados a la conducta social humana, pero no desde una categoría comprensiva de la realidad, sino desde la perspectiva de la imputación o “deber-ser”. Ese tipo de estudio exige el análisis sistemático y axiológico de sus fuentes formales -la ley, la costumbre, sus principios generales, la doctrina penal y la jurisprudencia- como puntos de partida. Sin embargo, a la dirección propuesta por la norma penal se contrarrestará los datos recogidos de la realidad, resultado de las investigaciones empíricas.

La Dogmática jurídica es sobre todo una ciencia del deber-ser, normativa. Significa el estudio de los elementos normativos que deben existir para autorizar la intervención penal del Estado. La Criminología una ciencia empírica que va a recoger datos de la experiencia no solo para buscar explicaciones al fenómeno criminal como para apuntarles soluciones efectivas. El Derecho Penal que pretenda estar comprometido con la realidad del fenómeno criminal no puede seguir su camino distanciado de la Criminología. La Criminología que pretenda conocer a límites que irradian de la condición de ser el penado un sujeto titular de todos los derechos compatibles con la ejecución penal no puede seguir su camino distanciado del Derecho Penal.

### 3. Una Cuestión terminológica

Una de las críticas más mordaces dirigidas a la orientación resocializadora de la pena es su imprecisión terminológica. Muchos vocablos disputan la representación de la idea: reinserción, reeducación, reforma, corrección, tratamiento, recuperación, reintegración, etc. Eso es sólo un síntoma muy peculiar del momento en el que vivimos: una sociedad que, sin pautarse en valores substanciales, se sirve de signos lingüísticos sin contenido como tabla de salvación, sin la preocupación de síntesis, de unidad.

Por eso, no será una preocupación definir la orientación resocializadora de la pena como un concepto, trazando sus exactos límites, aumentando aún más ese exceso de definiciones. En el presente trabajo de investigación se utilizará los términos indistintamente: *idea resocializadora de la pena*, *resocialización*, *reinserción*, siempre refiriéndose al término *orientación preventivo especial de la pena*, que es la expresión de la idea resocializadora en el mundo jurídico penal. En la ciencia del derecho Penal, la conocida orientación *resocializadora* equivale a la función preventivo especial asignada a la pena, es decir, que la ejecución de las penas debe contribuir a incentivar en el individuo el abandono de las prácticas delictivas por intermedio de los más variados recursos.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **La Dignidad de la persona, la Normativa Internacional sobre Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho**

## CAPÍTULO PRIMERO

### **La Dignidad de la persona, la Normativa Internacional sobre Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho**

No obstante la muchas críticas dirigidas a la orientación preventivo especial de la pena, aquellos que siguen defendiéndole lo hacen invocando su identificación con un proceso de humanización del Derecho Penal, con el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, de los derechos humanos fundamentales de los penados y como una imposición derivada de la forma política del Estado Social y Democrático de Derecho.

#### 1. La dignidad Humana: previsión en el Derecho Positivo moderno

En la dogmática penal alemana, el vocablo “resocialización” apareció por primera vez en la 25ª edición (1927) del Lehrbuch de Lizst, junto a los términos “educación” (“Erziehung”) y “mejora” (“Besserung”), edición llevada a cabo por Schmidt, después de la muerte de su maestro.<sup>22</sup> La función resocializadora de la pena surgió como una idea de contenido exclusivamente penal cuando todavía no se reconocía la Dignidad de la Persona humana como un concepto de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional Positivo.

Fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de Diciembre de 1948, en La Asamblea General de las Naciones Unidas, el documento responsable por introducir el Principio de la Dignidad, al contemplar, en su Preámbulo, la “dignidad inherente de todos los miembros de la familia humana”.

Siguiendo la dirección dictada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las Constituciones recientes del mundo occidental aparecen menciones a la protección de la dignidad: Suecia, en el Capítulo 01,

---

<sup>22</sup> Liszt no utilizó el término “Resozialisierung”, sino el de “Besserung” y la primera edición tras su muerte fue la 23ª, que todavía no acogía aún el vocablo “resocialización”. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal...”, ob. cit. p. 649.

parágrafo 2.1 (1975); Grecia, artículo 2 (1975); Portugal, artículo 01 (1976); Suiza, artículo 7 (1999); Finlandia, artículo 1.2 (2000); Carta de Derechos Fundamentales Europea, artículo 1 (2003). Todas las Constituciones de los cinco nuevos Länder y la Constitución Revisada de Berlín contienen la garantía de la dignidad humana: Brandeburgo, artículo 7 (1992); Mecklenburgo – Pomerania, artículo 5.2 (1993); Sajonia, artículo 14 (1992), Turingia, artículo 1.1 (1993); Berlín, artículo 6 (1995). También algunos de los Estados centroeuropeos, que han ingresado en la Unión Europea en el año 2004, han reconocido en sus Constituciones cláusulas relativas a la protección de la dignidad del ser humano: Letonia, artículo 95 (1992); Lituania artículo 21.2 (1992); Polonia, artículo 30 (1997); Eslovaquia, artículo 12.19 (1992); República Checa, artículo 1 (1992).

En Latino América, a ejemplo de los Estados Europeos, la dignidad de la persona humana, encuentra protección constitucional en la Constitución de Colombia, artículo 1, (1991); Bolivia, artículo 8 (2008); Chile, artículo 1 (1980), Venezuela, artículo 3 (1999); Paraguay, artículo 1, (1992); Brasil, artículo I (1988).

La Constitución española proclama la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10).<sup>23</sup>

Según LORCA NAVARRETE, la previsión de la Dignidad y de los derechos fundamentales de la persona humana en las Constituciones occidentales se refiere a una tercera fase de un proceso que comienza con una maduración filosófica de la idea hasta su inclusión en las grandes declaraciones de Derecho, en las Constituciones de los países y en su universalización como materia supranacional.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

<sup>24</sup> El proceso de positivación que ha permitido que los derechos naturales devengan en derechos fundamentales, puede dividirse en cuatro fases no siempre nítidamente diferenciadas – antes al contrario, se encuentran en mutua interdependencia- pero que, a efectos expositivos pueden concretarse en las siguientes: en primer lugar, se va originando una fase de maduración ideológica en la que la dignidad de la persona arranca impulsos de liberación históricamente o extrahistóricamente constatados. Así ocurrió en el pensamiento estoico, lugar común de encuentro del pathos de la dignidad humana o en aquellos pensadores que ejercieron un influjo decisivo en la preparación de la aparición de las siguientes fases. Tal es el caso de un Samuel Puffendorf y las primeras declaraciones de las colonias americanas; en segundo lugar,

Al constituirse el fundamento del orden político del país, la dignidad de la persona suele ser considerada un núcleo indispensable al correcto entendimiento de los derechos del individuo frente al Estado y viceversa. Considerando que cuando concebida la idea resocializadora, todavía no existía positivada la garantía constitucional de la Dignidad Humana, necesario es volverse al estudio de la finalidad preventivo especial de la pena a la luz de la concepción de esa garantía, ya que ella despliega efectos jurídicos en la concepción y desarrollo de la función punitiva del Estado.

## 2. El concepto de Dignidad

### 2.1. Comprensión Histórico Espiritual

Para una aproximación del principio de la Dignidad, es necesario comprender ese principio como resultado de la sedimentación de perspectivas histórico-espirituales que han estado dominando la visión occidental del ser humano. Aunque se trate de un concepto del Derecho Constitucional Positivo y de la normativa internacional de Derechos Humanos, no es una creación

---

nos encontramos con la fase de las Grandes Declaraciones de Derechos, en las que ya encuentran cobijo las instancias meramente especulativas o el conjunto de ideas sobre los derechos naturales. Con las Declaraciones surgen los Derechos Fundamentales, siquiera sea de forma meramente abstracta, no concreta; en tercer lugar, surge, sin solución de continuidad, la Constitucionalización de los Derechos naturales, dando como resultado la perspectiva no solamente abstracta o formalista con que los Derechos Fundamentales en cuanto Derechos Naturales eran arropados por las Declaraciones de Derechos, sino que se produce el hecho decisivo y trascendente de que, al ser reconocidos, regularos y amparados por los textos constitucionales, cobra virtualidad su dimensión real y concreta, su efectividad, en suma, al establecerse en las Constituciones los mecanismos e instituciones, así como los procedimientos que garantizan en la práctica aquél reconocimiento y regulación de estos derechos. La existencia de Tribunales Constitucionales a los que se poder acudir por la vía del recurso de amparo, como la figura del Defensor del Pueblo en nuestra Constitución, son garantías de su efectividad real y concreta – no meramente formalista o abstracta; en cuarto lugar, puede hablarse de una fase de universalización –no necesariamente diversificada, sino más bien simultánea y hasta sucesiva- que opera en el doble ámbito de influir poderosamente en la creación de una concienciación del reconocimiento de estos Derechos Fundamentales, al mismo tiempo, que ponen en marcha los mecanismos supranacionales que garanticen su efectividad, antes o después de una posible violación, mediante la adopción de medidas preventivas –tales como estudios o encuestas sobre la situación de esos derechos en determinadas regiones del mundo- o ya mediante la creación de organismos jurisdiccionales que pueden desplegar su eficacia ante las instancias nacionales, tan dadas siempre a preservar celosamente su independencia y soberanía también en esta materia. Vid. LORCA NAVARRETE, J. F., *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, 5ª. edición, Málaga, Ed. Pirámide, 2007, pp 467/468.



espontánea del legislador, sino resultado de una maduración histórica de la visión del hombre occidental, según STARCK: “Hay un “concepto de dignidad” Cristiano, humanista – ilustrado, marxista, teórico sistemático y del behaviorismo”<sup>25</sup>.

El núcleo básico de la imagen del hombre occidental es la misma imagen del hombre propagada por el Cristianismo: se caracteriza por una elevada valoración del individuo que le distingue de las demás culturas. En Génesis 1,27 y Efesios 4,24, se encuentran referencias del hombre como creación de Dios, que le hizo, a su propia imagen y semejanza, existiendo entre creador y creatura un vínculo personal y eterno. Esa condición primera da al ser humano dos cualidades que le une al creador: la inmortalidad de su alma y su responsabilidad ante Dios.

Es la libertad individual del ser humano el concepto central de la Teología Cristiana y el fundamento de su responsabilidad ante Dios. Si el ser humano no fuera libre, sino previamente condicionado, no sería posible hablar en responsabilidad. También en función de esa responsabilidad es que el ser humano se obliga a respetar a los demás considerando que todos los seres humanos son igualmente creaturas de Dios. Y es justo en esa libertad de auto determinarse que se encuentra el fundamento del valor propio de todo ser humano.

Por supuesto esa visión del ser humano no se traduce en términos de exigibilidad jurídica concreta, no es posible invocar jurídicamente la responsabilidad de un individuo concreto ante Dios o incluso ante “los hombres”, como una expresión genérica. No obstante, expresa una visión del ser humano que tiene indiscutiblemente raíces metafísicas. Esa comprensión metafísica del ser humano es esencial para el desarrollo de la garantía jurídica de la dignidad humana. Habrá siempre una parte del ser humano que trasciende a él mismo lo que impone que ninguna pretensión temporal sea capaz de asumir un carácter absoluto, sin el respeto hacia los derechos inherentes a la naturaleza humana, ninguna pretensión del Estado, tampoco el derecho de punir.

---

<sup>25</sup> vid. STARCK, C., “La Dignidad del Hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho Alemán, en Dignidad de la persona, Derechos fundamentales y Justicia Constitucional (FERNANDEZ SEGADO, F. Cord.), s/n edición, Ed. Dykyson, Madrid, 2002, p. 241.

A la imagen teológica bíblica del ser humano se añadiría otras visiones (humanista, ilustrada, etc) hasta que se llegase al surgimiento positivado de la garantía jurídica de la Dignidad de la persona humana. Aunque vinculada a la concepción cristiana del ser humano, también los enfrentamientos del cristianismo (la Ilustración, la Revolución Francesa) contribuyeron a la formación de la garantía.

En el devenir histórico, se nota un proceso en el que la libertad del hombre se separa de sus fundamentos teológicos y se seculariza, pasándose a un concepto más terrenal en el que se vislumbra la posición del individuo no solo ante Dios pero también respecto a la autoridad temporal de la comunidad. La concepción de la dignidad surge con independencia de la fe profesada, una concepción en la que el ser humano se apoya en la razón, una moral autónoma de la fe profesada. Independientemente de la fe profesada, al ser humano le queda prohibido instrumentalizar a su prójimo.

*Consecuentemente no debemos debatir si la concepción de dignidad del hombre, que aparece en el frontispicio de numerosas Constituciones, se basa en los dogmas del cristianismo secularizados o es un producto del Humanismo y de la Ilustración. La idea de la dignidad individual de cada hombre se basa en ambas corrientes.*<sup>26</sup>

La concepción jurídica de la Dignidad Humana supone que el ser humano siempre va a trascender lo que sobre él se conoce. Aunque la ciencia haya desvendado muchos de los aspectos fisiológicos, biológicos y psicológicos de su organismo, que distinguen y asemejan uno a los demás, el ser humano siempre guardará una nota interior inalcanzable y única. No se resume a una cadena causal de estímulos y respuestas. Hay un aspecto inmaterial que le confiere un valor intrínseco único, irrepetible e irrenunciable.

Como afirmado por el profesor TRUYOL SERRA, “decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos

---

<sup>26</sup> Vid. STARCK, C., “La Dignidad del Hombre como garantía constitucional, ob. cit., p. 244.

fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”<sup>27</sup>

Lo más esencial de esa visión para el mundo jurídico es que el valor intrínseco e insustituible del ser humano deberá ser invocado como una barrera, una última garantía frente a las disposiciones totalitarias del Estado y de todas las instituciones sociales que, aunque llenas de buena intención, pretenden imponerse con un sentido absoluto.

Es éste el fundamento y fin último de un Estado de Derecho: asegurar un orden en el que las personas consideren unas a las demás como fines, sin mediatizar o cosificar a los demás. De esa manera, se asegura el respeto y la protección al valor de la Dignidad Humana.

Y la Dignidad es inherente de todos los seres humanos, sea cual fuere su situación personal o social. Muchos de los condenados por sentencia penales son personas que muy bien pueden haber demostrado una absoluta falta de respeto por la dignidad y los derechos de los demás. Sin embargo, la sociedad tiene un papel especial en el respeto de su Dignidad, por más terrible que sea el delito que hayan cometido.

*Suele decirse que nadie conoce realmente cómo es una nación hasta haber estado en una de sus cárceles. Una nación no debe ser juzgada por el modo en que trata a sus ciudadanos de más alto rango, sino por la manera en la que trata a los de más bajo rango. Sudáfrica trataba a los ciudadanos encarcelados como a animales*<sup>28</sup>.

En el siglo XXI, este principio de respeto por todos los seres humanos, sea cual fuere el crimen del que se los acuse, fue articulado por un famoso ex recluso y ex presidente de la República de Sudáfrica, Nelson Mandela.

---

<sup>27</sup> Vid. TRUYOL SERRA, A., Estudio preliminares a los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales, s/n edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1971, p. 11.

<sup>28</sup> Vid. ROLIHLAHLA MANDELA, N., La Autobiografía de Nelson Mandela: el largo camino hacia la libertad, s/n edición, Madrid, Ed. Santillana, 2010, p. 211.

## 2.2. Concreción

La garantía de la Dignidad de la Persona Humana no cuenta con una delimitación precisa en la doctrina. Hay quien sostenga el abandono de la idea y quien afirme que la identificación del núcleo de la idea es “realizada con más facilidad desde un análisis sentimental de que propiamente lógico racional”<sup>29</sup>.

La concepción de la Dignidad de la Persona suele ser invocada también de una manera bastante variada y acrítica por la jurisprudencia. El hecho de haber sido un reflejo de la sedimentación de distintas visiones del hombre occidental a lo largo de la historia, y no simplemente una creación espontánea legislativa, contribuye a eso. No es un concepto porque no se reduce a una fórmula. Sin embargo, existe una necesidad de fijarle un contenido normativo concreto, de buscarse explicaciones que permitan juzgar de forma jurídico-positiva las violaciones a la Dignidad de la Persona.

El primer direccionamiento para la fijación del contenido normativo de la garantía concluye que la Dignidad, al ser un valor propio del hombre, solo puede ser evaluada con relación a un ser humano **concreto**. La propia concepción estandarizada y abstracta de la persona hiere la garantía, del mismo modo que cualquier ideología que pretenda imponerse de forma absoluta al ser humano concreto.

De igual modo, el orden jurídico, habiendo reconocido el valor de la Dignidad de la persona humana, veda que el Estado asuma la posición de educar hacia determinado ideal. La concepción de que el ser humano trasciende todo y cualquier tipo de comprensión que exista en el mundo sirve como un obstáculo a que cualquier ideología quiera imponerse a una persona concreta de una manera ilimitada.

Además, la fijación del contenido de la Dignidad va a depender de la definición de las circunstancias en las cuales se invoca la violación de la

---

<sup>29</sup> Vid. GARCÍA, E., “Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. Revista do Ministério Público. Ministério Público do Rio de Janeiro. Número 26, julho/dezembro-2007. Rio de Janeiro, 2007. Páginas 79-105).

garantía, si en el contexto invocado el sujeto está o no siendo reducido a mero objeto, si se encuentra a la absoluta disposición de los demás hombres, si es o no considerando como una simple pieza de un engranaje, sin consideración a su dimensión transcendental que le hace único y digno de respeto.

En ese sentido, no habrá que olvidarse que una invasión arbitraria en el ser personal del individuo no solo puede ocurrir desde una intención ideológica decididamente mala, sino también las buenas intenciones pueden ser peligrosas al valor de la Dignidad Humana. Necesario es, entonces, cautela al valorar la orientación preventivo especial de la pena, considerando que, por detrás de su noble intención puede ocultarse invasiones ilícitas, pretensiones arbitrarias y totalitarias que más bien le quita la dignidad al ser humano.

Se debe evitar, por tanto, la identificación de la orientación preventivo especial de la pena con un ideologismo o concepciones estandarizadas que no integran verdaderamente el universo humano.

Según LORCA NAVARRETE, la clave para entender la dignidad de la persona pasa por su comprensión como Derecho natural, porque derivado de la naturaleza humana, de la “consciencia plena en hombres y mujeres de su propia dignidad”. Cuando una determinada situación concreta viola la consciencia de la dignidad intrínseca a uno mismo surge la posibilidad de intervención de los órganos judiciales para corregir tal distorsión. En materia de ejecución penal, tanto la prohibición del tratamiento inhumano o degradante como el deber de la Administración Penitenciaria de proporcionar al penado medios *resocializadores* son reglas que acuden a la protección de esa consciencia plena de dignidad que debe poseer todo ser humano.<sup>30</sup>

Habrà, por tanto, que actuarse con mucha cautela en lo que se refiere a la aprehensión del significado del principio de la Dignidad de la Persona Humana sobre todo por la alta carga ideológica/ grado de politización que conlleva, con el objetivo que no se reduzca a una mera arma política vacía de contenido.

---

<sup>30</sup> Cfr. LORCA NAVARRETE, J. F., Temas de Teoría..., ob.cit., pp. 489/490.

### 2.3. Transcendencia del principio para el Derecho Penal

La Dignidad de la persona es un núcleo desde el que se irradia la necesidad de utilización del Derecho Penal de una manera justa y proporcionada, con el objetivo de evitar que el sujeto sometido al *jus puniendi* sea considerado un medio para satisfacción de los abstractos intereses del orden público.

Es también el valor que viene sirviendo como fundamento de una transformación del Derecho Penal Clásico hacia mayores cargas humanidad, dentro de lo posible que eso pueda significar. La responsabilización social de aquél que cometió el delito no dejará de ser una restricción, sin embargo el orden jurídico, al proclamar la Dignidad Humana pretende que esa restricción sea lo menos aflictiva posible.

De acuerdo con GARCÍA-PABLOS, *el principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana debe ser contemplado sobre una doble perspectiva: como signo y emblema que ha marcado históricamente la evolución del Derecho Penal desde la Ilustración hasta nuestro días, y como límite político criminal del “ius puniendi”*<sup>31</sup>.

Son muchos los principios penales modernos que representan límites a la utilización del poder de punir por el Estado, como el de la menor intervención posible, la legalidad, la presunción de no culpabilidad, la proporcionalidad de las penas, etc. Junto a esos principios que sirven de freno a la formación del “Juicio Penal”, se ha observado, de igual manera, la disminución del recrudescimiento de las penas y el aumento progresivo de los sustitutos penales, en materia de “ejecución de las condenas”. Todos estos hechos son considerados importantes conquistas del movimiento de humanización del Derecho Penal.

En materia de ejecución penal, estará prohibida la tortura y los tratamientos inhumanos o degradantes, es decir, que la ejecución de las penas se convierta en sucesivos actos de envilecimiento y humillación de la persona

---

<sup>31</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol. II, p. 593.

humana. Afirma ZUGALDÍA ESPINAR, “castrar al violador, cortar la mano del traficante de drogas o matar al asesino...son penas que, incluso si se estimasen útiles para prevenir el delito y la reincidencia, repugnan a nuestra sensibilidad y actual grado de desarrollo ético”<sup>32</sup>.

Pero no es sólo eso, también se impone un contenido positivo integrador que encuentra en la idea resocializadora su principal fundamento. En el ámbito de la ejecución de la pena, el principio de la Dignidad tiene particular incidencia tanto en su faz negativa (prohibición de la tortura y del tratamiento inhumano y degradante) como en su faz positiva (creando para la Administración Penitenciaria el deber de ofrecer al recluso “medios resocializadores”).<sup>33</sup>

### 3. Normativa Internacional sobre Derechos Humanos y organismos judiciales regionales

Muchas normas internacionales de Derechos Humanos han sido aceptadas por la comunidad internacional, generalmente a través de las Naciones Unidas. Los principales instrumentos de derechos humanos, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* son tratados legalmente vinculantes para todos los países que los han ratificado o aceptado.

---

<sup>32</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª. edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 257.

<sup>33</sup> Vid. Sobre lo que debe ser en un Estado social y democrático de Derecho, la idea resocializadora, así escribió GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *En un Estado social y democrático, (la idea resocializadora) no puede entenderse como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como intento realista de ampliar las posibilidades de participación en la vida social del penado, a través de una oferta al mismo de alternativas de futuro al comportamiento criminal. Significa –formulando negativamente su contenido– que la ejecución de la pena privativa de libertad ha de programarse de tal modo que se eviten, en la medida de lo posible, los efectos negativos, desocializadores, propios de la privación de la libertad,. Significa, pues, que la privación de la libertad sea sólo privación de la libertad, y privación de la libertad digna. Pero el ideal resocializador, formulado positivamente, exige de los poderes públicos un vasto y generoso programa de prestaciones sociales a favor del penado (en los ámbitos familiares, personales, laborales, etc.) que le permita superar el trauma de la privación de libertad haciendo posible su reinserción social. Todo ello, claro está, con la libre colaboración del recluso, que no debe ser tratado como mero objeto de la intervención resocializadora, sino como sujeto. Sólo entonces la idea de la resocialización es una auténtica terapia emancipadora, a la vez que un “límite” del “jus puniendi”, y no un mito que legitima y potencia sutilmente la intervención penal del Estado. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, ob.cit., Vol. II, p. 591.*

La mayoría de estos tratados contienen referencias al tratamiento de las personas privadas de su libertad.

Eso es así porque siendo la libertad uno de los fundamentos de una democracia, su restricción en los casos permitidos por la ley penal – cuya imposición sólo puede ser impuesta por una autoridad judicial en circunstancias claramente definidas y cuando no existe ninguna otra alternativa viable- no debe ir más allá de lo necesario. Ya que el propio contexto de las personas privadas de libertad les insieren en una situación de vulnerabilidad, la ejecución de la pena puede muy fácilmente proclives al abuso o explotación. Las normas que protegen los derechos de las personas privadas de libertad objetivan justo evitar ese tipo de situación. Así, se imponen el respeto a todos los derechos compatibles con la restricción de libertad.

El que cumple una condena penal es un sujeto titular de derechos. Aunque haya practicado un mal a la sociedad, no se le anula como persona. No se le permite cosificar. Sigue teniendo derecho a la protección de su integridad física, mental y al libre desarrollo de su personalidad.

Durante la segunda mitad del siglo XX, hubo una amplia aceptación del principio que dice que los derechos humanos debían aplicarse con universalidad. Este principio no fue creado por teóricos o académicos, sino que a partir de los horrores que fueron parte de la Segunda Guerra Mundial.

Aunque el desarrollo social no se observe de manera lineal, dándose de manera dialéctica y a menudo viviendo un retroceso -períodos de caos y retorno a la inhumanidad-, se comprendió que se debe hacer todo esfuerzo para implementar las garantías a todos los ciudadanos, sin excepción. Los reclusos no debían ser excluidos de estos derechos. De hecho, algunos de ellos se aplicaban específicamente a las personas privadas de su libertad.

A principios del siglo XXI, ha habido un intento por parte de alguna parte de la doctrina penal para argumentar que las amenazas actuales a la paz y a la seguridad mundial son de una severidad sin precedentes y de tal severidad que las normas de los derechos humanos desarrollados en el curso



de los últimos 50 años del siglo XX no pueden considerarse como universales. En especial, no pueden aplicarse a algunas personas que se encuentran detenidas o culpables o incluso sospechadas de ser una amenaza para la seguridad nacional o internacional.

Este es un malentendido grave, y es importante demostrar que el respeto a las normas de los derechos humanos es más necesario que nunca en un mundo inseguro e incierto. Es necesario proteger a aquellos que, bajo cualquier circunstancia, se encuentran privados de su libertad. Esa constituye la correcta comprensión racional de la pena. Es principio ético a ser observado por todos aquellos que tienen como tarea, en nombre de la sociedad, privar a las personas de la libertad. Asimismo, es un recordatorio importante para todos los que viven en una sociedad democrática en la cual deben ser respetados y observados los intereses de todos, incluso de los grupos minoritarios.

En atención a esa concepción de la dignidad inherente a cada ser humano, sea cual sea su condición, existe una serie de documentos internacionales que tratan específicamente de los reclusos y de sus condiciones de detención. Las normas más detalladas expuestas en estos principios, así como los reglamentos o directrices mínimos, constituyen un valioso complemento de los más amplios principios expuestos en los tratados internacionales. Entre ellos, merecen mencionarse: *las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (1957), *el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión* (1988), *los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos* (1990) y *las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores* (1985).

Existe también una serie de documentos que hacen referencia específica al personal que trabaja con personas que han sido privadas de su libertad. Entre ellos, se incluyen: *el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (1979), *los Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* (1982) y *los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (1990).

Las mencionadas normas internacionales se complementan con una serie de documentos sobre derechos humanos regionales. En Europa, se trata de: *el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1953), *el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes* (1989) y *las Reglas Penitenciarias Europeas* (1987, revisadas en 2006). La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* entró en vigor en 1978, en tanto que la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* hizo lo propio en 1986.

Los organismos judiciales regionales suponen un punto de referencia útil para evaluar en qué medida los estados implementan las normas internacionales. En el continente americano, el organismo encargado de tales funciones es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto que en Europa dicho papel lo cumple el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### 3.1. La orientación preventivo especial de la pena

Las normas previstas en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no solo prohíben a que el castigo impuesto por los tribunales lo sea de manera inhumana o con injustificada severidad, sino también que la ejecución de la pena sea orientada en el sentido de evitar el deterioro físico y mental de quienes han sido puestos bajo custodia penal, pretendiendo un efecto positivo integrador a la pena, con el desarrollo del sentido de responsabilidad y respeto por los demás en los reclusos.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10 (3): *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.*

-Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 65-66:  
65. *El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para*

*hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.*

*66. (1) Para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud física y mental, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación.*

*(2) Respecto de cada recluso condenado a una pena o medida de cierta duración que ingrese en el establecimiento, se remitirá al director cuanto antes un informe completo relativo a los aspectos mencionados en el párrafo anterior. Acompañará a este informe el de un médico, a ser posible especializado en psiquiatría, sobre el estado físico y mental del recluso.*

*(3) Los informes y demás documentos pertinentes formarán un expediente individual. Estos expedientes se tendrán al día y se clasificarán de manera que el responsable pueda consultarlos siempre que sea necesario.*

El artículo 25.2 de la Constitución Española establece que *las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*. Como se verá en el capítulo segundo, no se trata de un derecho fundamental del recluso que pueda ser tutelado a través del recurso de amparo, sino una orientación dirigida a los órganos legislativos y a la administración penitenciaria.

Se observa que la Constitución española sigue la normativa internacional vigente en materia de derechos humanos, poniendo de manifiesto que no es suficiente que las autoridades penitenciarias se limiten a tratar a los reclusos de manera humana y decente. También deben proporcionar a los reclusos bajo su custodia oportunidades de cambiar y desarrollarse personalmente. Esto significa llenar de un contenido positivo integrador a la ejecución penal y requiere considerables aptitudes y compromiso por parte del personal de prisiones, especialmente.

La mayoría de las prisiones están llenas de personas procedentes de los márgenes de la sociedad. La ejecución de una pena debe significar para ellas la participación en programas integrales de actividades constructivas que les ayuden a mejorar su situación. Como mínimo, la experiencia de la prisión no debe dejar a los reclusos en una situación peor a la que estaban al comenzar su condena, sino que debe ayudarles a mantener y mejorar su salud y el funcionamiento intelectual y social, sirviendo como incentivo al abandono de las prácticas delictivas.

Si las autoridades penitenciarias, en sus programas de actividades dentro de la prisión, desean priorizar lo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos describe como “reforma y readaptación social” de los reclusos, necesitarán basar dichas actividades en proporcionar a los reclusos los recursos y aptitudes necesarios para vivir bien fuera de la prisión.

Nada de esto será fácil de lograr, en especial en las jurisdicciones que sufren un terrible hacinamiento, escasez de personal penitenciario capacitado y pocas oportunidades de establecer contacto con el mundo exterior, además del hecho de que los reclusos serán objeto de una recepción hostil por la sociedad cuando sean liberados.

La normativa en vigor define por tanto un objetivo que deben perseguir las administraciones penitenciarias, dentro de los límites de los recursos que tengan a su disposición. También deben considerar el desarrollo de acuerdos con organizaciones educativas y de la sociedad civil dentro de la comunidad para aumentar las oportunidades disponibles para los reclusos, instituciones gubernamentales, comunitarias y religiosas, que deberán trabajar para concientizar a la comunidad local sobre las necesidades de los ex reclusos en su difícil trayectoria hacia la vida normal, generar aceptación de ellos y de su familia dentro de la comunidad e inspirar acción comunitaria para respaldar la rehabilitación y reintegración de quienes fueron reclusos.

#### 4. Casuística judicial

La normativa de derecho internacional y constitucional que busca conferir eficacia a la garantía de la Dignidad y a los Derechos Humanos deja claro: la pena no debe poseer un carácter más aflictivo de lo necesario.

La razón de ser del instituto penal no es la intencionada imposición de un mal, como forma de retribuir al mal causado con el delito. Por eso están prohibidos la tortura, el tratamiento inhumano y degradante, estas últimas pudiendo ser originadas incluso de las malas condiciones carcelarias.

La humillación y la degradación de la Persona Humana: no es este un valor ético, mucho menos podría ser el objetivo penal. La jurisprudencia de los Tribunales es conforme a esa orientación que sirve como limitación negativa al Estado a la hora de punir. Y como la garantía de la Dignidad de la Persona Humana solo puede ser valorada en función del ser humano concreto con relación a circunstancias concretas, indispensable el análisis de la garantía inserida en el ámbito de la ejecución penal, llevada a cabo por los Tribunales.

#### 4.1. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre fue establecido por el Consejo de Europa, en 1959, con el objetivo de reforzar la Convención Europea de los derechos del Hombre. Al combinar las normas de ésta Convención con su filosofía, con una interpretación viva, dicho Tribunal se tornó, con el paso del tiempo, el más poderoso organismo internacional en la defensa de los derechos humanos. Con su influencia no ha marcado solo la jurisprudencia y doctrina internas de los países miembros del Consejo de Europa, como también ha ayudado a construir y desarrollar el llamado Derecho Internacional Humanitario.

En el artículo Tercero de la Convención Europea de los Derechos del Hombre está prevista una prohibición directa a la tortura y a la ejecución de penas o tratamientos deshumanos o degradantes. La idea de que la ejecución de la pena deba servir de incentivo al abandono de las prácticas delictivas es la faz positiva de esa prohibición.

El cumplimiento de pena no puede transfigurarse en una fórmula mágica, como si no estuviera direccionado a un ser humano concreto dotado de todos los derechos compatibles con la restricción de libertad. Un “tratamiento inhumano” asume, de esa manera, un carácter de degradación de la dignidad intrínseca a cada ser humano.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos es responsable por el juzgamiento de los Derechos salvaguardados en la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en especial, el ya mencionado artículo tercero. Sus decisiones tienen carácter vinculante para los Estados sometidos a su jurisdicción.

En el caso *Al-Adsani v. Reino Unido*, el TEDH, fundamentándose en la decisión del tribunal Penal Internacional que juzgó los crímenes cometidos durante la dictadura en la ex – Yugoslavia, entendió que la prohibición de tortura consiste en una norma imperativa de Derecho Internacional<sup>34</sup>.

En *Prosecutor v. Furundzija*, el Tribunal Penal Internacional criado para juzgar los crímenes cometidos durante la dictadura en la ex – Yugoslavia, analizó la relevancia de la prohibición de infligir tortura, en razón de la importancia de los valores que ésta protege: la integridad física y moral de la persona frente al poder de punir del Estado. En ésta decisión, el Tribunal afirmó el carácter de *ius cogens* de la prohibición, que consiste en norma imperativa del Derecho Internacional moderno y norma de rango constitucional en los ordenamientos jurídicos internos. Por eso, las normas que prohíben la práctica de tortura ocupan el lugar más elevado de la normativa internacional, produciendo el efecto de privar de legitimidad, en el plan internacional, cualquier norma/acto estatal (en el ámbito de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial) que contenga disposición en contrario<sup>35</sup>.

En el estudio de la jurisprudencia del TEDH, se verifica un importante papel hermenéutico ejercido por éste Tribunal en lo que se refiere a la interpretación y al significado de la fórmula legal: “tortura”, “pena

---

<sup>34</sup> Vid. IT-95-17/I-T, (1999) 38, International Legal Materials 317, juzgado en 10 de Diciembre de 1998.

<sup>35</sup> Vid. case of AL-ADSANI x THE UNITED KINGDOM - 35763/97, 21/11/2001.

inhumana o degradante” y “tratamiento deshumano y degradante”. Conviene resaltar en éste sentido la observación del juez Gerald Fitzmaurice que, en el juzgado Tyrer v. United Kingdom, disintió de la mayoría, afirmando que:

*La Convención no define o explica de ninguna manera los términos que en ella contiene (“tortura o tratamiento deshumano o degradante”), una expresión tal como “de acuerdo con el artículo 3º” carece de significado, una vez que el artículo no atribuyó significado alguno a éstos términos. Cualquier significado a ser atribuido tiene que venir desde fuera (Gerald Fitzmaurice, 1978)<sup>36</sup>.*

En los primeros juzgados relevantes sobre el tema<sup>37</sup> en lo que se refiere a la interpretación y al significado de la fórmula legal: “tortura”, “pena inhumana o degradante” y “tratamiento deshumano y degradante”, el Tribunal impuso criterios que nortean los juzgados posteriores de la Corte que son esencialmente dos: el criterio de la intensidad del sufrimiento y el criterio de apreciación relativa del caso.

#### 4.1.1. El criterio de la Intensidad del sufrimiento

En varias ocasiones, el TEDH afirmó que no son todos los tipos de malos tratos que violan el artículo 3º, sino solo aquellos que alcanzan cierto nivel de gravedad y de sufrimiento. Necesariamente, ese mínimo de gravedad es variable en el tiempo, considerando que la Corte analiza e interpreta la Convención de forma viva y según los siempre nuevos y mutables padrones de “dignidad humana”.

A partir del momento en el que el TEDH entiende en el sentido de la violación del artículo 3, es necesario encuadrar la conducta dentro de

---

<sup>36</sup> Vid. Tyrer v. United Kingdom, 5856/72, 25/04/1978.

<sup>37</sup> Vid. el "greek case" y el juzgado del TEDH Irlanda do Norte v. Reino Unido.

una de las tres categorías jurídicas. Para el Tribunal, tratamiento inhumano es todo tratamiento que, intencionalmente o no, causa humillación y deshumanización a la persona, con flagrante falta de respeto a su dignidad. El tratamiento degradante no atinge ese grado de deshumanización, causando sin embargo humillación a la persona.

En la actualidad, el TEDH viene utilizando el término “degradante” solo para condiciones penitenciarias o de detención provisoria. Si cualquier tipo de abuso es cometido por agentes del Estado, normalmente la Corte tiene decidido identificar la conducta como un “tratamiento inhumano”, una vez que, en esas situaciones, es fuerte la relación de poder-sumisión y la tendencia de falta de respeto a la dignidad de la persona custodiada.

Por último, el Tribunal reserva el término “tortura” solo a los hechos más graves en los cuales un alto nivel de sufrimiento fue dirigido intencionalmente a la persona, normalmente con premeditación, motivación y finalidad.

Hay una crítica con relación a la utilización de ese criterio por la Corte por su gran componente subjetivo, cual sea el de pretender mensurar el “dolor” o el “sufrimiento” que una conducta puede causar a una persona. Los estudios – médicos, sociológicos, antropológicos- confirman que la sensibilidad al dolor varía mucho de persona a persona. Aunque la Corte utilice un “parámetro del hombre mediano”, aun así es limitado a un determinado contexto cultural. Aunque insuficiente, ese es el criterio más importante que el TEDH utiliza para calificar una conducta/situación como tortura, tratamiento inhumano o degradante.

#### 4.1.2. El criterio de la Apreciación relativa

En casi todos los juzgados que envuelven el artículo tercero de la Convención, el TEDH analiza las variables de cada caso para verificarse entonces la gravedad de la violación.



En el emblemático y controvertido caso Soering X Reino Unido, por ejemplo, la Corte enfatizó la edad e hizo fuertes referencias a los atestados médicos que apuntaban para la fragilidad de la salud mental del requirente.

*Como fue enfatizado por la Comisión, malos tratos deben atingir un nivel mínimo de severidad para que se subsuman en el artículo 3. La valoración de ese mínimo es, por naturaleza, relativo; depende de todas las circunstancias del hecho, tales como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales, en algunos casos de género, edad y estado de salud de la víctima, etc<sup>38</sup>.*

Eso viene siendo la práctica del Tribunal: en lugar de crear una norma padrón, busca trabajar los conceptos y las variables de cada caso concreto para verificar cuanto de sufrimiento una determinada persona sintió en una situación concreta, la edad, el estado de salud, el género, la duración de la violación son puntos decisivos en el momento de la calificación de la violación por el TEDH.

#### 4.1.3. Condiciones penitenciarias

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende las malas condiciones de los establecimientos penitenciarios como configurativas de un tratamiento degradante a los reclusos.

El caso Novoselov x Rusia es emblemático. Por primera vez, el Tribunal entendió que las condiciones penitenciarias de Novorossiysk (Rusia), en donde Ivanovich Novoselov cumplió pena privativa de libertad por seis meses en función de condenación por crimen de agresión física, constituían tratamiento degradante. Sigue la descripción del lugar:

---

<sup>38</sup> Vid. Caso Irlanda del Norte X Reino Unido, 5310/71, de 18/01/1978.

1. *La celda en la que el apelante quedó tenía 42 m<sup>2</sup> y un número de detenidos que varió, durante el período en el que estuvo detenido, entre 42 y 51 reclusos, lo que implica que para cada recluso había 1m<sup>2</sup>.*
2. *En razón de la superpoblación no había ninguna privacidad.*
3. *La alimentación de los reclusos era muy pobre en proteínas, siendo distribuida poca comida y normalmente pan y agua. Una vez por semana se distribuía una sopa;*
4. *Había 28 colchones y, por tanto, entre los reclusos era necesaria una sistematización en turnos para que se pudiera dormir;*
5. *Las ventanas de la celda estaban cubiertas con una protección de metal, lo que impedía la ventilación y la iluminación natural;*
6. *El sistema artificial de ventilación solo era encendido eventualmente;*
7. *Ningún recluso tenía derecho a productos de higiene personal;*
8. *“Regularmente” era posible ducharse.*

La Corte entendió como degradantes las condiciones en las que el apelante cumplió pena privativa de libertad, citando inclusive partes de los tres Informes Generales del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura que alertan para el peligro que comporta el fenómeno de la superpoblación carcelaria, cada vez más frecuente en la realidad europea. Afirma el Comité que es el estado de hacinamiento que imposibilita el respeto a los demás derechos del preso. En los establecimientos donde el número de detenidos es mayor que su capacidad, necesariamente, el derecho a la privacidad, salud y cierta cantidad de horas al aire libre queda comprometido por cuestiones de seguridad e imposibilidad de administrar la institución <sup>39</sup>.

#### 4.2. Tribunal Constitucional Español

La proclamación de la dignidad de la persona no encuentra reconocimiento constitucional como derecho fundamental autónomo<sup>40</sup> razón

<sup>39</sup> Vid. Caso Novoselov x Rusia, 66460/01, de 02/06/2005.

<sup>40</sup> A la insusceptibilidad de justificar en el art. 10.1 CE un recurso de amparo, se ha referido el Tribunal Constitucional con reiteración al señalar entre otras muchas en la STC 136/1996, que tal queja es “ajena a

por la cual la doctrina del Tribunal Constitucional alude a ella como fundamento último de otros derechos fundamentales y como valor del que los derechos fundamentales son cristalización.

Sin embargo no es fácil encontrar en la citada doctrina constitucional un pronunciamiento que encuentre su ratio *decidendi* en el concepto de dignidad humana, pues en la totalidad de las ocasiones la decisión del Tribunal Constitucional se sustenta en la consideración del derecho fundamental singular que se encuentra inmediatamente en juego (la igualdad, la prohibición de discriminación, la integridad física, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la tortura, la integridad moral, la libertad religiosa, el honor, la intimidad, la propia imagen, la tutela judicial efectiva, las garantías constitucionales del proceso penal, etc.), respecto del cual es frecuente que el Tribunal Constitucional afirme que encuentra fundamento, es emanación o traducción normativa de la dignidad humana.

No obstante cabe encontrar algunas afirmaciones que pueden aproximarnos al concepto que de dignidad se maneja en la jurisprudencia constitucional.

En primer término el Tribunal Constitucional se cuida de precisar que no existe una plena identificación entre derechos fundamentales y dignidad personal, o lo que es lo mismo, que ni la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos son, por ese sólo hecho, inherentes a la persona en cuanto conectados con su dignidad, ni puede afirmarse que toda restricción de los derechos fundamentales de la persona suponga un ataque a su dignidad: “que de acuerdo con este precepto, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, «fundamento del orden político y de la paz social», no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean *in totum* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un

---

los derechos fundamentales susceptibles de protección a través de este proceso constitucional. Ciertamente, el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41.1 LOTC (SSTC 101/1987 y 57/1994 y STC 241/1985).

estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad” (STC 120/1990, de 27 de junio).

Desde el punto de vista negativo el Tribunal Constitucional configura la dignidad humana como un límite a las injerencias ajenas al afirmar que: “la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 57/1994, de 28 de febrero).

Ya en positivo también se encuentran afirmaciones que configuran la dignidad humana como un valor jurídico fundamental, al afirmarse en la importante STC 53/1985, de 11 de abril, que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).”

Esa misma Sentencia (con una orientación reiterada en la STC 91/2000) da un paso más y trata de delimitar el concepto de dignidad: “Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

Ahora bien, sea en sentido negativo (como límite) o positivo (como libertad de autodeterminarse), lo cierto es que la concreción en el caso concreto de qué conductas transgreden la dignidad humana se aborda por el

Tribunal Constitucional acudiendo al derecho fundamental en el que cristaliza aquélla y no a un contenido específico del concepto de dignidad personal, rechazando explícitamente que el art. 10.1 CE constitucionalice ninguna doctrina al respecto: “las normas constitucionales relativas a la dignidad e la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1 CE, así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1 CE, si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. Por tanto no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente” (STC 150/1991, de 4 de julio).

Al no estar configurada en el texto constitucional la dignidad humana como un derecho fundamental autónomo, las decisiones del Tribunal Constitucional se basan en las vulneraciones de alguno de los derechos fundamentales que son originados de la dignidad humana. Así, es posible identificar algunos supuestos en los cuales el respeto a la dignidad personal cobra un papel muy relevante como fundamento primero de los derechos en materia relativa al cumplimiento de las condenas y a la prohibición de que se convierta en un tratamiento inhumano o degradante.

#### 4.2.1. Comportamientos exigidos en establecimientos penitenciarios

Se ha considerado contraria a los derechos fundamentales la sanción impuesta a un recluso por su negativa a desnudarse completamente ante un funcionario de prisiones y a realizar flexiones en el registro que le fue realizado después de una comunicación especial, declarando que “[las]medidas aquí impugnadas por el recurrente han lesionado su derecho a la intimidad personal, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal”. (STC 57/1994, de 28 de febrero).

#### 4.2.2. Inspecciones y registros corporales

Cuando el Tribunal Constitucional ha tenido que resolver sobre la legitimidad constitucional de las denominadas *inspecciones y registros corporales*, esto es, aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en las cuales en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

Del mismo modo ha abordado las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que por regla general se verá afectado (amén del derecho a la intimidad) es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto las indicadas actuaciones implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

Pues bien, en este conjunto de supuestos (*vid ad exemplum* STC 207/1996, de 16 de diciembre) el Tribunal Constitucional ha se ocupado de exponer los requisitos necesarios para que las medidas adoptadas se encuentre constitucionalmente justificadas: que se persiga con ellas un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sean acordadas judicialmente (pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros poderes públicos para que acuerden algunas de ellas por razones de urgencia o necesidad); motivación de las resoluciones que las acuerden; y, finalmente,

proporcionalidad de las medidas de manera que resulten idóneas y necesarias a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden y no impliquen un sacrificio desmedido. A lo que este Tribunal ha añadido que, en todo caso, “la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 CE)”.

## 5. El Estado Social y Democrático de Derecho

Como ha apuntado GARCÍA-PABLOS, por una cuestión de coherencia, la exigencia de que el cumplimiento de pena sea un incentivo al abandono de las prácticas delictivas, con el desarrollo de competencias personales, respeto por sí mismo y sentido de responsabilidad, es propia de un modelo de Estado Social intervencionista, que además también de califica como un Estado Democrático de Derecho. En un modelo de Estado liberal, no podría existir tal tipo de exigencia

*El problema de la resocialización no puede plantearse en los mismos términos en la sociedad monista y en la sociedad pluralista. Dicho de otro modo: tan contradictorio es propugnar la resocialización desde el modelo liberal clásico, como no exigirla un estado social intervencionista que se encuentre en una fase avanzada<sup>41</sup>.*

El modelo del Estado social intervencionista cuestiona las propias bases del *contrato social*. No se contenta con un concepto formal de libertad ni con conjeturas abstractas de que todos los miembros de la sociedad dieron su consentimiento en igualdad de condiciones, renunciando parcela de su libertad para que el Estado administrara sus intereses.

En una perspectiva social intervencionista, para que el ciudadano sea verdaderamente libre no basta que sufra el mínimo de constricciones por parte del Estado, sino que es imprescindible que tenga posibilidades efectivas de participar de las decisiones de la comunidad. Eso solo puede darse, efectivamente, si están aseguradas condiciones mínimas de seguridad, sobrevivencia, educación y salud.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función *resocializadora* del Derecho Penal...", ob.cit., p. 695.

<sup>42</sup> Vid. SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos Direitos Fundamentais, 9ª. edición, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 71.



La razón de ser del Estado es asegurar la mejor convivencia posible entre sus miembros y todos los componentes del Estado Social y Democrático de Derecho están influenciados por esa idea. La limitación del poder mediante la separación de poderes, la sumisión de los agentes estatales a la ley, la existencia del Poder Judicial, la consagración de los derechos fundamentales, la previsión de derechos sociales, con el objetivo de promover la igualdad fáctica, etc., todo confluye para aquel primer objetivo.

El hecho de que sean asegurados derechos incluso a quienes integran un grupo minoritario, como es el caso de los que cumplen una condena penal, y que la ejecución de la pena sirva como un incentivo al abandono de las prácticas delictivas, es fundamental para lograr tal objetivo. Esa disposición política favorece el principio de corresponsabilidad social y de solidaridad, comprometiendo la comunidad con la suerte de todos sus miembros, sin excepción.

La igualdad de los individuos en un Estado Social y Democrático de Derecho pretende ser substancial. En la particular materia de la función preventivo especial de la pena, el Estado dejará de ser mero observador de los procesos sociales para, atento y preocupado por las causas del delito, desde una posición activa, social y gestora, busque todos los recursos disponibles para que la ejecución penal, no solo esté condicionada por el respeto de todos los derechos fundamentales compatibles con la restricción de la libertad, como también represente un incentivo al abandono de las prácticas delictivas y al desarrollo, en el que cumple una condena penal, del respeto por sí mismo y por los demás.

*En un Estado social y democrático, (la idea resocializadora) no puede entenderse como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como intento realista de ampliar las posibilidades de participación en la vida social del penado, a través de una oferta al mismo de alternativas de futuro al comportamiento criminal. Significa – formulando negativamente su contenido- que la ejecución de la pena privativa de libertad ha de programarse de tal modo que se eviten, en la medida de lo posible, los efectos negativos, desocializadores, propios de la privación de la libertad,. Significa, pues, que la privación de la libertad sea sólo privación*

*de la libertad, y privación de la libertad digna. Pero el ideal resocializador, formulado positivamente, exige de los poderes públicos un vasto y generoso programa de prestaciones sociales a favor del penado (en los ámbitos familiares, personales, laborales, etc.) que le permita superar el trauma de la privación de libertad haciendo posible su reinserción social. Todo ello, claro está, con la libre colaboración del recluso, que no debe ser tratado como mero objeto de la intervención resocializadora, sino como sujeto. Sólo entonces la idea de la resocialización es una auténtica terapia emancipadora, a la vez que un “límite” del “jus puniendi”, y no un mito que legitima y potencia sutilmente la intervención penal del Estado.*<sup>43</sup>

Aunque muy criticada por los inúmeros interrogantes y problemas que presenta (como se verá en el capítulo siguiente) la función preventivo especial de la pena es una exigencia necesaria en la estructura política de un Estado que pretende calificarse como *Social y Democrático de Derecho*.

---

<sup>43</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol. II, p. 591.

## 6. Toma de postura

La experiencia de dos guerras mundiales en el siglo pasado ha resultado en la construcción jurídica de la garantía universal de la Dignidad de la Persona, que adoptada el 10 de Diciembre de 1948, en La Asamblea General de las Naciones Unidas, termina por explayarse hacia la mayoría de las constituciones del mundo occidental.

Eso es una conquista no solo de los ordenamientos jurídicos internos de cada país, sino de toda la humanidad, conquista que no se puede renunciar, como elemento fundamental del orden político y único medio posible y legítimo al alcance de la convivencia pacífica entre los hombres. La construcción de una sociedad justa y equilibrada no puede hacerse olvidándose la Dignidad de un único miembro suyo. En cada violación de la Dignidad de la Persona Humana y de los derechos humanos fundamentales, pierde la sociedad el sentido de solidaridad y compromiso de la comunidad, representada por el Estado, con la suerte de todos sus miembros.

Es en la pena de protección que se alcanza la comprensión racional de la pena retributiva. Retributiva no en el sentido de causación de un mal, ya que el actual grado de desarrollo de la ciencia penal ha desterrado y suplantado las concepciones absolutas de la pena, sino de fijación de una consecuencia jurídica para un hecho reconocido como crimen. Esa consecuencia jurídica no puede ir más allá de lo estrictamente necesario a su efectuación, guardando la finalidad de protección de su dignidad personal y de todos sus derechos compatibles con la ejecución penal.

Se verificó que hay imposiciones normativas de índole internacional – la prohibición de tratamiento inhumano y degradante, el respeto a los derechos fundamentales de los penados- que establecen un sin número de limitaciones al Estado en el momento de ejecutar la pena y que se configuran medidas protectoras al ciudadano. No hay que cuestionarse por tanto la existencia y aceptación de esos límites que constituyen una imposición, en un sentido negativo, al *jus puniendi* del Estado.

Las normas previstas en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no solo prohíben a que el castigo impuesto por los tribunales lo sea de manera inhumana o con injustificada severidad, sino también que la ejecución de la pena sea orientada en el sentido de evitar el deterioro físico y mental de quienes han sido puestos bajo custodia penal, pretendiendo un efecto positivo integrador a la pena, con el desarrollo del sentido de responsabilidad y respeto por los demás en los reclusos.

Otra gran consecuencia jurídica de la consagración del principio de la Dignidad de la Persona Humana es el hecho de que, debido al valor intrínseco que conlleva cada ser humano, ninguna pretensión de carácter temporal, como es la pretensión punitiva del Estado por ejemplo, puede imponerse con carácter absoluto, aunque parezca muy bien intencionada.

Así, aunque pese la posición gestora y activa del estado Social y Democrático de Derecho en materia de ejecución penal, preocupada con el destino de cada egreso del sistema penal, la intervención en la persona que practicó un crimen, aunque con el propósito de ayudar, no puede darse de manera ilimitada.

Es válida y pertinente la advertencia de los juristas en el sentido de que la idea de prevención especial está proclive al abuso y a la manipulación política, pudiendo muy fácilmente servir de justificativa para la sustitución de la responsabilidad penal del hecho por una responsabilidad del autor, expuesta a una gran carga de subjetividad<sup>44</sup>. La amarga experiencia de

---

<sup>44</sup> “Políticamente, se ha dicho, la idea de la resocialización no permite trazar un límite claro y preciso al “jus puniendi” estatal, con lo que se frustra uno de los objetivos liberales más trascendentales (...) Por otra parte, la experiencia histórica ha demostrado que los ideales *resocializadores* son proclives al abuso, a la manipulación política. Que, de hecho, siempre suele ser el contrincante o el adversario político el necesitado de corrección, de reforma, de resocialización. No me constan antecedentes del ideal *resocializador* en regímenes liberales, por lo que no es una garantía tranquilizadora el humanismo del que hacen gala algunos de los autores que lo propugnan” en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función *resocializadora* del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, ADPCP, 1979, p. 677; en el mismo sentido, vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ª. Edición, Navarra, Ed. Thomson Civitas, 2005, p. 53: “Pero la prevención especial ha estado siempre acompañada de graves sombras. Un Derecho Penal fundado exclusivamente en razones *resocializadoras* no está en condiciones de explicar por qué debe mantenerse el castigo a pesar de que las posibilidades de reincidencia del condenado sean del todo nulas. Por otra parte, es discutible que el Estado Democrático de Derecho esté legitimado para asumir a través de la pena funciones de educación social con los adultos. Los riesgos de adoctrinamiento de la sociedad bajo la coartada de las metas *resocializadoras* son evidentes. La prevención especial convierte al Estado en una fenomenal maquinaria de educación de las personas adultas a través de las penas. No es de extrañar que las teorías que comentamos hayan sido las más promocionadas por los

los Estados Totalitarios, después de la primera guerra mundial ha evidenciado el peligro de la renuncia a las garantías individuales en nombre de la idea que proclamaba una lucha más eficaz contra el delito. En el Estado social democrático de la actualidad, ya no se admitirá la intervención del Estado sin la observancia de estrictos límites de racionalidad y respecto a las garantías del individuo, pretendiéndose una síntesis que sea capaz de complementar y perfeccionar la concepción del Estado liberal.<sup>45</sup>

No es demás recordar que es posible que prácticas violadoras de los derechos fundamentales de los que cumplen una condena penal reciban la acuña de “tratamiento”. El individuo, aunque condenado por una sentencia penal, sigue poseyendo derecho al libre desarrollo de su personalidad y a cultivar sus creencias y su sentido de vida. Además nadie puede negar que el ambiente al que enfrenta el individuo privado de libertad ya es demasiado duro y puede dejarle ya bastante vulnerable para encima ser obligado a dejarse invadir por prácticas nombradas “terapéuticas”.

Por eso, hay que evitarse los ideologismos, las concepciones abstractas que no se adecuan al ser humano concreto. La propia estandarización del ser humano ya constituye una ofensa a su dignidad personal. El ser humano es más de lo que sobre él se conoce.

El hecho de que la pena sirva de incentivo al abandono de las prácticas delictivas no es una labor utópica, imposible, sino un recto que todavía está por cumplirse. Hay una tarea que todavía está por hacerse que es la llenar la ejecución penal de un contenido positivo integrador.

La ejecución de la pena, considerada la “hora de la verdad” del Derecho Penal, pone de manifiesto el gran abismo que separa la teoría de la praxis, una pena ejecutada sin el respeto a la Dignidad humana no es un elemento de pacificación social, sino todo lo contrario: contribuye a la pérdida

---

Estados totalitarios que han visto bajo el manto difuso de la resocialización la posibilidad de extender su capacidad punitiva. Los defensores de esta teorías preconizaban la necesidad de superar la responsabilidad por el hecho y sustituirla por la del autor, lo que comporta una grave subjetivización”,

<sup>45</sup> En la doctrina española, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA pone de manifiesto la necesaria correlación entre el fundamento del derecho de punir y la concepción política del Estado: “El fundamento del “ius puniendi” es un tema que hunde sus raíces en la Filosofía y en la Ciencia Política”, en *Introducción al Derecho Penal...*, ob.cit, Vol. I, p. 459.

de credibilidad de las instituciones del Estado y al aumento de la violencia. Será siempre un contrasentido que a uno se retire de la convivencia social y se le introduzca en un establecimiento oficial que no respete a su Dignidad Personal.

*“A Sánchez Fructuoso “le pillaron con cuatro kilos de cocaína en el aeropuerto de Maiquetía. Ahora vive en una celda de ocho por cinco metros, que comparte con otros 53 presos. No ven el sol, no pueden andar, duermen en el suelo (...) Los motines no son infrecuentes en Caitia, una prisión construida para albergar 700 presos donde hoy se hacían un total de 2.500 reclusos (...) Caitia es una prisión que se huele. La pestilencia traspasa muros y se extiende por las calles adyacentes. Es un olor fétido que impregna la ropa y dura rato y rato. Es un penal en el que los gusanos conviven en armonía con los presos. Cuando la procesión de bichos pasa por el pasillo de una larga hilera, los reclusos se apartan y les ceden el paso (El País, 9-3-1995)”<sup>46</sup>*

La idea resocializadora de la pena, honrando a la Dignidad Humana, va más allá que cualquier ideologismo, representando un giro hacia lo concreto, trayendo a la luz la necesidad de estudiarse el instituto penal como un proceso que incide en un ser humano concreto y determinado.

---

<sup>46</sup> Vid. GARRIDO GENOVÉS, V. y LÓPEZ LATORRE, M.J., La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social, s/n edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 133.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **La Resocialización en la Ciencia del Derecho**

## CAPÍTULO SEGUNDO

### La Resocialización en la Ciencia del Derecho

#### 1. Diferentes perspectivas filosóficas de aproximación a la idea resocializadora

La pena privativa de libertad, como institución jurídica estatal positivada, fue fruto del movimiento de codificación de las leyes, observado en Europa durante el siglo XIX y, por tanto, puede ser considerada una institución jurídico-penal reciente. La cárcel antes existía como excepción puesta al servicio no solo del Estado, como también de la Iglesia y del Ejército. La prisión de Estado tenía el propósito de servir de custodia preventiva para aquellos que serían sometidos a una pena estatal. No era identificada con la penalidad misma.

*El derecho actúa por necesidad. Ésta es la característica primordial de lo moderno. La crueldad innecesaria se va sustrayendo, poco a poco, del panorama punitivo. La masiva aplicación de las penas corporales y de muerte, decae. Lo que sólo eran excepciones, la prisión de Estado, eclesiástica o de Órdenes Militares, emergen como nueva sanción sustantiva. La cárcel de custodia, provisional o preventiva, a la espera de juicio, se convierte en la esencia de nuestros castigos. Su recorrido, hasta conseguirlo, será tan paciente como enérgico.<sup>47</sup>*

Solo cuando la prisión pasa a ser identificada con la punición estatal misma y la libertad individual pasa a ser un derecho oponible al Estado, es que surge el problema teórico-práctico generado por el hecho de tener un contingente de personas presas, titulares de todos los derechos compatibles con la restricción de libertad, cumpliendo una condena penal durante un lapso temporal, fenómeno igualmente reciente con el que la Justicia Penal sigue debatiéndose.

Es igualmente fundamental discernir que la punición, en cuanto imposición forzada de dolor, sufrimiento, restricción, de un ser humano a otro, siempre ha encontrado una explicación transcendental. Lo novedoso para el pensamiento moderno es su positivación en cuanto instrumento de poder ejercido exclusivamente por una entidad jurídica que esta obligada a

---

<sup>47</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C. (coord.), Historia de la Prisión, Teorías Economicistas, s/n edición, Madrid, Edisofer, 1997, p. 404.



utilizarla de forma racional, proporcionada y direccionada a titulares de derechos. Hoy un preso puede reivindicar su derecho a la integridad física, mientras esté cumpliendo una condena penal, sin embargo un motivo religioso como es lo de la expiación de los pecados y la conquista del paraíso eterno ya no puede ser imponible por el Estado para justificar la punición.

Ahora que las personas condenadas por una sentencia penal son a la vez sujetos de derechos, surge un gran problema para el Estado que consiste en la administración de la tensión entre los intereses aparentemente contrarios de defensa de la sociedad frente al fenómeno de la delincuencia y de los derechos fundamentales de la persona humana, sin que para el Estado exista la posibilidad de invocar un motivo metafísico, que no pueda ser conocido por el hombre.

El materialismo dialéctico ha contribuido para dar visibilidad a una visión realista del mundo, en contraposición a una visión mágica o teológica, pero su tergiversación en la eterna oposición entre capital y trabajo, dominación y dominados en nada contribuye para solucionar el problema de sentido de la punición. Al revés, reduce el sentido de la pena y, con ella, de las instituciones, a la dominación y explotación de unos hombres por otros. Hay ahí una negatividad que no está en condiciones de establecer una fundamentación positiva que sea capaz de enfrentar una crisis.

La ciencia del Derecho Penal no puede aceptar que la finalidad de la institución penitenciaria sea solamente la “inocuidad” de personas, porque así se le niega a la ejecución penal cualquier sentido positivo capaz de orientarle. Sin cualquier sentido positivo ¿cómo será posible direccionar una ejecución penal que sigue existiendo a pesar de las duras críticas a ella dirigidas, ejecución penal que se extiende en el tiempo de la cual depende la vida de miles de personas? La ausencia de cualquier orientación positiva sería lo mismo que autorizar cualquier tipo de práctica penitenciaria.

El Estado laico, irreligioso, viene debatiéndose con el problema del “qué hacer” con relación al mencionado contingente de personas que cumplen una condena penal. En otros tiempos, la custodia de personas durante un lapso de tiempo fue tratada, con una orientación clara, por instituciones religiosas antes del origen jurídico moderno de la pena privativa de libertad. En España, predios edificadas para servir de cárceles eclesiásticas expresan la idea de la clausura con fines religiosos de reconciliación con

Dios<sup>48</sup>. El nombre “penitenciaria” viene de “penitencia” y tiene un origen religioso.<sup>49</sup>

El sentido laico del Estado actual no puede ser tomado con tanto rigor hasta el punto de borrarse los antepasados religiosos de la pena privativa de libertad. Desde una perspectiva religiosa, siempre existió la idea de la “liberación” o “salvación” individual por intermedio de la clausura meditativa, de la disciplina y del trabajo, abordada de distintas maneras por la tradición cristiana y por el protestantismo.<sup>50</sup>

En las orientaciones penales surgidas a partir de la mitad del siglo XIX en Europa, -el positivismo criminológico (Italia), la Escuela sociológica de Von Liszt (Alemania), la Escuela de la Defensa Social, el blanco de la intervención penal será el delincuente, van a contemplar el Derecho Penal en un sentido social, pretender que el Derecho Penal aporte una participación efectiva en la disminución de la criminalidad, ambicionando operacionalizar y tornar efectivos tecnologías de intervención en el delincuente para que el mismo no volviera a perturbar el equilibrio social con la práctica del delito<sup>51</sup>. La utilización de un argumento religioso metafísico para apoyar la punición está proscrito. Desde la perspectiva institucional estatal, cualquier argumento invocado para fundamentar la pena solo podrá ser aceptado en la medida que represente alguna utilidad material en el mundo de los hechos.

---

<sup>48</sup> En el pueblo de Coria, provincia de Cáceres, se encuentra un edificio penitenciario fundado por el Obispo D. Juan José García Álvaro en 1760, reconstruido sobre otras prisiones eclesiásticas anteriores.

<sup>49</sup> Según la Real Academia Española, “penitencia” puede definirse como “Sacramento en el cual, por la absolución del sacerdote, se perdonan los pecados cometidos después del bautismo a quien los confiesa con el dolor, propósito de la enmienda y demás circunstancias debidas”, así como “Pena que impone el confesor al penitente para satisfacción del pecado o para preservación de él.”; Vid. en [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>50</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Historia de la Prisión, ob. cit., p. 403: “Mi explicación, resumida, acerca de los orígenes de la pena de prisión se concreta, desde mi monografía de 1974, y posterior amplio artículo de 1977, en las siguientes causas: la inaplicación de la pena capital para una nueva delincuencia, abundante, pero no muy peligrosa; los cambios sociales que, a su vez, transforman la mentalidad del castigo; la tradición cristiana de la pena como contrición y la ética calvinista de la sanción como penoso trabajo. Estas tesis han sido seguidas por otros autores, con ciata expresa (Garrido Guzmán, De la Cuesta, González Guitián, López Barja, Boldova – en Gracia coord.-, etc.) o sin ella.

<sup>51</sup> Cfr. VON LISZT, F., La idea del fin en el Derecho Penal: programa de la universidad de Marburgo (1882), s/n edición, Granada, Ed. Comares, 1995, introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, traducción de Carlos Pérez del Valle.

## 1.1. Tradición Católico-Cristiana

*El que sufrió la barbarie y los suplicios de la época que le vio nacer, la ejecución cruel reservada a los extranjeros y esclavos, ese inculcó al mundo un principio que no se halla realizado en todas partes, el principio de la igualdad de los hombres;*

*(...)*

*A la justicia humana el de la dulzura en las penas y el de la misericordia;*

*(...)*

*Al desgraciado y al culpable el de la resignación y el del arrepentimiento.*

*(...)*

*¡Lecciones sublimes para aquellos que tienen en su mano la espada y para los que son heridos con ella, para lo que forma el objeto entero de la materia penal!*<sup>52</sup>

El Cristianismo, una de las tres principales religiones occidentales está profundamente marcado por la idea humanista de compasión hacia las faltas del prójimo.<sup>53</sup> En el ideal cristiano, el que provoca un daño al otro merece una oportunidad de corregirse, sin embargo, para la institución católica cristiana, el “perdón de los pecados” pasará por el arrepentimiento y el pago de una penitencia. El sacramento de la confesión, por ejemplo, presupone cinco etapas por las cuales debe pasar el confesante: 1) Examen de conciencia; 2) Dolor de corazón; 3) Propósito de enmienda; 4) Contar los pecados al Sacerdote; y 5) La pena.

La larga relación de la Iglesia con el Estado implicaba en la necesidad de celebración de convenios, denominados “concordatos”, como manera de garantizar la buena convivencia de ambas instituciones. Hasta que

---

<sup>52</sup> ORTOLAN, M., Curso de Legislación Penal Comparada, Lecciones pronunciadas en la Facultad de Derecho de París, s/n edición, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

<sup>53</sup> Vid. GONZALÉZ RUIZ, J. M., El cristianismo no es un humanismo, 2ª. Edición, Barcelona, Ediciones península, 1968, quién sostiene que la auténtica historia bíblica no relata a Dios como solución del enigma de la conducta moral del hombre, rechazando todas las filosofías sistemáticas de la historia que pretenden poner en las manos del ser humano las claves de la inteligibilidad. La gratuidad de Dios es lo único verdadero que acompaña el ser humano, desde lo más profundo de su ser: *El hombre religioso de la Biblia no acude a Dios como una hipótesis de trabajo para explicar los enigmas del saber. Vuelvo a insistir en lo que es perspectiva esencial de toda la Biblia: la presencia de Dios en la evolución progresiva del hombre es una pura gracia, es algo totalmente gratuito. De aquí que toda la Biblia está atravesada por una paradoja insoluble y por una interrogación sin respuesta. El “porqué” angustioso de la criatura va saltando de texto en texto, hasta llegar a los últimos libros del Nuevo Testamento, sin resolverse en una respuesta accesible y confortable para la seguridad burguesa de una sociedad instalada*, p. 26.

el Estado se tornase laico, los religiosos vinculados a la Iglesia no podían ser procesados sin el permiso de la Iglesia.<sup>54</sup>

Con una jurisdicción propia no era de extrañar una cárcel construida solo para los religiosos vinculados a la Iglesia. Así, la cárcel eclesiástica estaba destinada a sacerdotes y religiosos. El sentido del internamiento era la penitencia y la meditación. La redención del transgresor contaba con el apoyo de la caridad y fraternidad cristianas. Recluían a los infractores en un ala de los monasterios para que por medio de la oración lograsen su corrección. Tenía un régimen alimenticio y penitenciario con frecuentes disciplinas y trabajos manuales en sus celdas desde el primer momento, elemento equiparable al actual tratamiento penitenciario de trabajos y actividades.<sup>55</sup>

En función de la potestad jurisdiccional de la iglesia, todo un sistema de penas y penitencias se desarrolla a través del derecho canónico - siendo su fuente principal el denominado *libri poenitentiales*- que castigaba a los monjes rebeldes o que hubiesen sido autores de hechos delictivos. Una de las principales penas del derecho canónico se denominaba *detrusio in monasterium* que consistía en la reclusión en monasterio de los clérigos que hubiesen infringido una norma eclesiástica, el lugar de reclusión era la denominada "celda monacal", porque seguía la tradición monacal.

La tradición monacal tuvo su origen en la iglesia de Cristo de inicios del siglo IV. La espiritualidad monástica surgida en aquél entonces buscaba la limpieza de corazón la cual la conseguían mediante el desprendimiento de todo lo creado (apartamiento del mundo) y la práctica de la caridad. El sentido de la tradición monacal por tanto es el de recogimiento interior para la alcanzar la “salvación” por intermedio de la superación de las

---

<sup>54</sup> Los Concordatos tenían plena vigencia en la España durante el Gobierno de Franco. Un hecho social que marcó la transición hacia la democracia fue la constitución de la cárcel concordataria de Zamora, una cárcel construida para prender a los curas rebeldes que se oponían al sistema dictatorial franquista. Como no podía procesarles el Estado, se instituyó una cárcel para tratar de reprimir aquellos curas que no apoyaban el Gobierno, hecho que provocó gran conmoción social. El artículo XVI del Concordato decía que “los Prelados de quienes habla el párrafo 2 del canon 120 del Código de Derecho Canónico no podrán ser emplazados ante un juez laico sin que se haya obtenido previamente la necesaria licencia de la Santa Sede”. Por otra parte, el Concordato permitía ejercer el derecho de asilo ya que el artículo XXIII, en su segundo apartado, garantizaba la inviolabilidad “de los Palacios y Curias Episcopales, de los Seminarios, de las casas y despachos parroquiales y rectorales y de las casas religiosas canónicamente constituidas”. Sobre la materia, vid. PIÑOL, JOSEP M. *La transición democrática de la Iglesia católica española*, pp. 155-165. Ed. Trotta. Madrid, 1999.

<sup>55</sup> Sobre la materia vid. GARCÍA VALDÉS, “Historia de la Prisión”, *Suplementos de Cuadernos para el Diálogo*, 1974, en *Temas de Derecho Penal*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 89.

tentaciones terrestres. Fue durante siglos utilizada para la corrección del comportamiento pecaminoso, es decir, no acordes con los principios divinos. La idea eclesiástica de que por medio de la oración y el arrepentimiento se consigue la corrección del pecador sigue la tradición monacal.

En España, en 1608, Magdalena de San Jerónimo, una monja bernarda, se ampara en la tradición monacal seguida durante siglos con las penitentes en conventos, para proponer al Rey Felipe III una normativa en donde se asentaban las bases de una cárcel femenina. Sus principios rectores eran los mismos utilizados para corregir las monjas rebeldes: oración, disciplina y trabajos manuales. Así se conseguía el castigo por su pasado y al mismo tiempo se le ofrecía medios capaces de promover su regeneración moral.<sup>56</sup>

La tradición católica cristiana es por tanto la representación de una forma compasiva de castigo, en la que el individuo es confrontado con su error e invitado a arrepentirse desde su propia conciencia y la institución (cárcel eclesiástica) le proporciona los medios que lo auxiliaran a llegar a la liberación por su pecado y a la esperada reconciliación con Dios. Aunque esa tradición, abrazada por el Derecho Canónico, no logró el reconocimiento histórico como tradicional forma de punir, sirvió para contrarrestar la rudeza y barbarie del sistema punitivo imperante, además de constituir un precedente valioso e indiscutible de la manera de punir moderna.

## 1.2. Ética Calvinista

Para la Iglesia católica, el perdón de las faltas solo podrá ser concedido por el sacerdote, representante de la voluntad divina, por intermedio del sacramento de la confesión con la realización por parte del creyente de todos sus presupuestos. Según el Protestantismo, no hay intermediador humano de lo Divino. Jesús Cristo es el único camino para se

---

<sup>56</sup> “Siguiendo la propuesta de Pérez de Herrera, una monja bernarda, Magdalena de San Gerónimo, redacta una normativa privada que dedica a Felipe III en 1608, en la que se asientan las bases de una nueva cárcel, exclusiva para mujeres, amparándose en el régimen y tradición monacal que durante siglos se había seguido con las penitentes en conventos y casas de recogidas. Su denominación es la de casa-galera, tratando con ello de igualar a la mujer con el hombre (condenado a expiar sus penas como remero en las galeras del rey) en la imposición del castigo y el modo de cumplirlo. Los presupuestos de esa obra son religiosos y, en ella, Magdalena de San Gerónimo impone, acogiendo gran parte de lo expuesto por Perez de Herrera unos años antes, una mayor severidad y rigor en el enjuiciamiento y castigo de la conducta pervertida y viciosa de la mujer, a la que considera enemiga de Dios. Vid. en MARTÍNEZ GALINDO, G., Galerianas, Corrigenda y Presas. Nacimiento y Consolidación de las cárceles de mujeres en España, s/n edición, Madrid, Edisofer, 2002, p. 450.

llegar a Dios y los únicos sacramentos son, por eso mismo, los que instituyó Jesús: el bautismo y la cena del Señor. El pecador deberá buscar el ofendido, confesarle su falta y pedirle perdón directamente por el mal practicado.

Desde el punto de vista ideológico que sirvió al nacimiento del régimen penitenciario inspirado por la disciplina y el trabajo, GARCÍA VALDÉS, sin embargo, enfatiza la diferencia entre el Protestantismo y el Calvinismo:

*No es lo mismo, partiendo de la historia de las ideas, desde el punto de vista del nacimiento de la prisión, el protestantismo genérico que el Calvinismo. Lo que imbuye las casas de corrección de Ámsterdam es este último. Y aquí es el origen de la pena privativa de libertad, desenvuelta principalmente hacia toda Europa a través de los países de la Liga Hanseática.<sup>57</sup>*

Para el autor, el protestantismo luterano se limitó a servir de frente crítica a la teología católica. Fue Calvino, su sucesor, el que se encargó de persuadir a sus seguidores a asumir el revolucionario compromiso de salvarse por su propio esfuerzo.

*Si existe un rasgo característico que distingue al protestantismo calvinista es, en mi criterio, que el calvinismo es activo, una teoría de acción. Es decir, el protestantismo luterano significa, y en ello se agota, el gran choque Reformista con la Iglesia Católica, y, a partir de ahí, el valor de la propia conciencia y la libertad de pensamiento de los actos humanos. Pero aquí se apaga la ruptura. Aquí se queda Lutero. De hecho, puede pensarse que hay un Martín Lutero antes y después de Worms.*

*Lo que añade el Calvinismo, su sucesor, es una rebelde exigencia, un revolucionario compromiso, es el decir: y además, eso lo tiene que hacer el hombre con su propio esfuerzo. No le va a venir nada regalado. Tiene derecho a conocer directamente la verdad, la revelación, pero por sí mismo; y, sabida, a imponerla.<sup>58</sup>*

---

<sup>57</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Historia de la Prisión, ob.cit., p. 413.

<sup>58</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Historia de la Prisión, ob.cit., p. 414.

Esos términos religiosos que inspiraron la origen del penitenciarismo, traducidos a la base moral de la pena privativa de libertad, significaba una necesidad de encarcelar al criminal, confiriéndole una oportunidad de arrepentirse de la conducta que provocó un daño a otros. Para contrarrestar sus motivaciones, impelidas por el vicio en el logro fácil, el trabajo duro le serviría al penado como importante instrumento de auxilio a la corrección del alma.

*Tradúzcase al tema de la delincuencia. Con nueva educación y trabajo, se podrá de la misma salir por sus propios medios, se puede y se debe lograr con sacrificio. Esto es lo determinante de la idea que significa, mediante el trabajo, la corrección. El hombre es capaz de la reforma, de la contrición del alma y a través del único camino: la tarea laboral. Su método: la extremada dureza para dominar el cuerpo ocioso y el carácter antisocial. Recuérdense, al respecto las inequívocas frases del frontispicio de las primeras casas de corrección, señaladas por Radbruch.<sup>59</sup>*

Así, no solo el Cristianismo, como también la difusión de los principios religiosos protestantes de Luteranos y Calvinistas, representan una manera de punir distinta a la de los suplicios, que con estos convivía. Bajo la idea de la corrección y la creación de nuevos hábitos a través de una disciplina muy severa impuesta por el trabajo, se confiere al reo una oportunidad de reconstrucción moral.<sup>60</sup> Aunque para el Estado laico, garantizador de la libertad de culto religioso, no le está permitido adoptarlo ni a uno ni a otro principio religioso, no se puede negar la influencia que tuvieron en el origen de la pena privativa de libertad, más específicamente en el actual régimen penitenciario.

---

<sup>59</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Historia de la Prisión, ob.cit., p. 415.

<sup>60</sup> Véase DOMÍNGUEZ CERESO, A. y GARCÍA ESPAÑA, E., *La Prisión en España – una perspectiva criminológica*, 1ª. edición, Granada, Ed. COMARES, 2007, pp. 3/5, quienes señalan también que la primera casa de trabajo o de corrección surgió en Bridewell en 1552 para posteriormente extenderse a otras ciudades inglesas (Oxford, Salisbury, Gloucester y Norwich) hasta el punto de que una ley de 1756 ordenaba la existencia de una en cada condado. Informan también que este modelo de casa de corrección se implantó con algunas variaciones posteriormente en otros países europeos, tales como Francia (Hospitales Generales), Bélgica (Maisons de force), Alemania (Züchtäusern), Suiza (Shellenwerke), Italia (Casas de Lavoro u Hospicios) y Holanda.

### 1.3. Positivismo Criminológico

El positivismo criminológico nació en Italia, en el siglo XIX, siglo de grandes transformaciones en el campo político, económico, del “surgimiento” de las ciencias empíricas (biología, psicología, antropología, criminología, estadística, etc).

El impulso práctico, utilitarista, observado en aquél entonces, se irradia para todas áreas del conocimiento humano. En los países europeos, se demanda transformaciones en el Derecho Penal Clásico con el objetivo de mejor instrumentalizarlo para combatir a la criminalidad.

Al sistema de Justicia Clásico, deducido de principios de Derecho Natural, se oponía una realidad social de aumento de la criminalidad. La desorganización social incipiente, provocada por la quiebra del Antiguo Régimen, demandaba una otra manera de enfrentar el problema criminal. En Italia, la escuela positivo-criminológica propuso ir hacia la causa del crimen y “cortar el mal desde la raíz”, adaptar la pena al autor del crimen para asegurar que no volviese a delinquir.

En el mismo período se desarrolla la Teoría Evolucionista de Darwin y la ciencia de la Estadística Moral<sup>61</sup>. El contexto formado por el desarrollo de los conocimientos científicos de ahí originados, contribuyó a la consolidación de la perspectiva relativa o prevencionista: el crimen es un problema social sobre lo cual es posible actuar de manera a evitarlo en el futuro.

El método predominantemente adoptado para la obtención del conocimiento científico pasa a ser el inductivo. Se parte de la observación de casos individuales para llegarse a conclusiones de carácter general. La manera de elevar el conocimiento a la categoría de ciencia es someterlo a la observación empírica. Si del experimento (observación de los hechos) resulta un conocimiento objetivo comprobable por todos los demás, el resultado fue alcanzado y la hipótesis teórica, debidamente sometida al criterio de la razón, es aceptada como verdad científica.

---

<sup>61</sup> Sobre la materia vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal ..., ob.cit., Vol. II, pp. 616 y ss.



Para entender el positivismo criminológico -corriente filosófica cuyos pioneros, italianos, fueron el médico César Lombroso, el abogado Enrico Ferri y el magistrado Rafael Garófalo-, se hace necesario volverse a algunas premisas metodológicas: el utilitarismo; el método; su fundamentación del derecho de castigar; su crítica sistemática a la Escuela Clásica.<sup>62</sup>

El utilitarismo está relacionado a la concepción filosófica de aquella época, que se basa fundamentalmente en la proscripción de toda metafísica, es decir, de todo lo que se encuentra más allá de lo que puede ser conocido por el hombre. La mejora del mundo no se esperará del mundo metafísico, sino de la realidad. El conocimiento solo se produce a partir del orden físico o social y para el orden social, no para más allá del mundo. Por eso, la rigurosa exigencia de que todo conocimiento debe ser fiel a la realidad, sujetarse al mundo de los hechos.

Las corrientes positivistas criminológicas pronto se multiplicaron en variados enfoques utilizados en la búsqueda de la explicación (diagnóstico y pronóstico) de la delincuencia, vinculados a una pretensión final que sería llegar a una forma de combatir tal fenómeno. Se especulaba desde distintos enfoques- biológico, antropológico, psicológico- sobre la naturaleza del criminal. Se produce corrientes variadas que solo se identificaban entre sí por el método: *el método positivo, empírico, inductivo-experimental: el método “científico”, que es el único capaz de descubrir las leyes inmutables que rigen los fenómenos sociales, de acuerdo con el modelo “causal-explicativo” o paradigma científico válido tanto para el mundo de la naturaleza como para el de los fenómenos humanos y sociales*<sup>63</sup>.

La fundamentación del *jus puniendi* está influenciada principalmente por la Teoría Evolucionista de Darwin, que Ferri pretendía llevar hasta las últimas consecuencias, concibiendo un Derecho Penal fundado en la necesidad de conservación social, lo que implicaba en el combate a la delincuencia y defensa de los honrados, *anteponiendo los derechos de los “honrados” a los derechos de los “delincuentes”*<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, 5ª. Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p.449/451;

<sup>63</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 450;

<sup>64</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 453;

La crítica sistematizada a los postulados de la Escuela Clásica fue también una expresiva característica del Positivismo Criminológico. La concepción del hombre, del crimen, de la sociedad, el fundamento del derecho a castigar, todos sus principales postulados fueron definidos por contraste con relación a la Escuela Clásica.

Como lo sintetizó el autor: “El positivismo criminológico representa el momento *científico* de acuerdo con la famosa ley de Comte sobre las fases y estadios del conocimiento humano: la superación, por tanto, de las etapas “mágica” o “teleológica” (pensamiento antiguo) y “abstracta” o “metafísica” (racionalismo ilustrado). Significa, también, -según FERRI-un cambio radical en el análisis del delito: los clásicos habían luchado contra el castigo, contra la irracionalidad del sistema penal, del “antiguo régimen”; la *misión histórica* del positivismo, por el contrario, será luchar contra el delito, luchar contra el delito a través de un conocimiento científico de sus causas, (*vere scire est per causa scire*), al objeto de proteger el orden social: el nuevo orden social de la naciente sociedad burguesa industrial”<sup>65</sup>.

#### 1.4. El Correccionalismo

El correccionalismo nace en el mismo siglo XIX, pero en Alemania y tiene a Krause y Roeder como exponentes, aunque su gran aceptación se dio en España: Dorado Montero, Concepción Arenal y Montesinos restaron conocidos como “los grandes correccionalistas españoles”.

*Para el Krausismo la norma jurídica alcanza un orden necesario para el hombre tanto en su conducta exterior como en su orden interior. La mera legalidad exterior de una acción no es suficiente cuando la intención del sujeto es rebelde al Derecho. Por esta razón, el Estado debe llegar con la pena a llegar a la voluntad de los delincuentes.*<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 447;

<sup>66</sup> Vid. MAPELLI CAFARENNA, Las Consecuencias jurídicas del delito, ob.cit., p. 51.

Pretende educar, corregir la voluntad moral defectuosa del criminal que se dejó seducir por la tentación del gano fácil. El trabajo, la disciplina y el aprendizaje de un oficio serian los medios para se llegar a la responsabilidad del infractor frente a si mismo y frente a los demás.

Howard había denunciado las pésimas condiciones físicas y sanitarias de las prisiones inglesas, con todos los tipos de problemas: hacinamiento, inseguridad, propagación de enfermedades, huida de presos. También en España, se tornó público el lamentable estado de las cárceles y la demanda por reformas locales y legislativas. En España, la Ordenanza Real de 1804 marca la entrada en el siglo XIX con avanzadas pretensiones de corrección del delincuente.

Según GARCÍA VALDÉS, fue la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 1834, el estandarte de una nueva política de ejecución penitenciaria en España. En su preámbulo, establece que, en consecuencia del desorden en el que se encontraban los presidios, en 30 de septiembre de 1831, el Rey nombró una comisión “(...) compuesta de personas celosas y conocedoras de las necesidades de dichos establecimientos para formar un reglamento general, que conciliase la vindicta pública y la corrección de los penados con las atenciones de humanidad y economía”<sup>67</sup>.

“Al emplear estratégicamente el término “conciliar”, pienso que se hace patente la idea de estar en presencia de dos cuestiones que se encuentran enfrentadas y que, por eso, la Ordenanza buscaba un sistema actual en el que pudiera coexistir, de un lado el castigo y la corrección; y del otro la humanidad y la economía. Alta pretensión, desde luego, bien desarrollada en las sucesivas disposiciones a favor del humanitarismo correccional”<sup>68</sup>

Contaba con 371 artículos y estaba dividida en cuatro partes fundamentales: 1ª.) Del arreglo y gobierno superior de los presidios; 2ª.) Del

---

<sup>67</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., La Ideología Correccional de la Reforma Penitenciaria Española del Siglo XIX, sin n. edición, Madrid, EDISOFER, S.L., 2006.

<sup>68</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., La Ideología Correccional, ob. cit., p. 17.

régimen interior de los presidios; 3ª.) Del régimen administrativo y económico; 4ª.) Materias de justicia relativa a los presidios”.

En lo que dice respecto a la organización administrativa, introdujo la transformación de los presidios militares en civiles. No obstante, el personal de las prisiones continúa siendo militar hasta 1881, cuando se creó el Cuerpo de Prisiones.

A partir de aquella referencia legislativa, varios actos del Gobierno se volverían al desarrollo de las prácticas penitenciarias, un nuevo tipo de práctica penal dirigida a la corrección del penado.

Por medio de la orden de regencia provisional, de 11 de enero de 1841, se nombra al Coronel Montesinos visitador general de las prisiones. Su sistema reformador progresivo se vuelve conocido en todo el mundo y se fundamenta en los siguientes preceptos: 1) “La prisión solo recibe al hombre. El delito se queda a la puerta”; 2) “Recibido el hombre, la misión del Establecimiento es corregirlo”; 3) “Inspirar en el animo de los delincuentes sentimientos de lenidad y amor al trabajo, debe ser el objeto moral de las Penitenciarias para que de ellas no salgan de nuevo los individuos a precipitarse en la carrera interminable del vicio”.<sup>69</sup>

El 9 de febrero de 1864 se dicta la Real Orden que aprueba el proyecto de reglamento presentado por Concepción Arenal, visitadora de prisiones de mujeres de Galicia, para crear la sociedad de señores de Santa María, con la finalidad de “(...)producir ventajosos resultados en la educación y enmienda de las penadas(...)”<sup>70</sup>, incentivando su distribución por todo el territorio.

Trabajo, instrucción y aprendizaje: los tres elementos claves que ayudarían al condenado a librarse de los hábitos negativos que le llevaron a delinquir. A eso se sumaba la ideología de Concepción Arenal que desafiaba e

---

<sup>69</sup> Vid. RICO DE ESTASEN, J., “Un gran penitenciarista español: el coronel Montesinos”, en ADPCP, 1953, fasc. III, pp. 462/462.

<sup>70</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., La Ideología Correccional, ob. cit., p. 19.

inspiraba la actividad de buscar la corrección del preso. En sus palabras: “Ciencia, virtud, perseverancia, amor, fe, cuanto eleva y sostiene, cuanto impulsa e ilumina, todo lo ha menester quien con alguna probabilidad de éxito procura la enmienda del delincuente.”<sup>71</sup>

Desde aquel entonces ya se presentaban ideas contrarias al ideal *resocializador* que no por acaso guardan cierta similitud con las actuales. “Las penas que hoy se imponen y se ejecutan, lejos de corregir al delincuente y ser garantía de la sociedad, hacen todo lo contrario; corrompen profundamente a aquel y ponen en seguro y grave peligro a esta. Aunque parezca absurdo aun cuando asuste el pensarlo y se resista en creerlo, sería, si no mejor, menos malo dejar al ofendido que tomase por su mano la justicia en las ofensas. La ejecución de la pena, tal cual el poder social la ejecuta representa en realidad un atraso respecto al sistema de venganzas. Es inútil y más que inútil nociva”<sup>72</sup>.

Sin embargo, el mismo Cadalso, 30 años después, se rindió: afirmaba que la corrección había se firmado la idea central de la gestión penitenciaria, siendo precisa la conclusión a la que llega GARCÍA VALDES, “antes del advenimiento de las ideas correccionalistas, el principio de eliminación se impone al de reintegración, y después este último prevalece sobre el primero”.<sup>73</sup>

En el mismo siglo, sin embargo, se nota un cambio en la finalidad de la institución penitenciaria que poco a poco va sustituyendo la idea de corrección del delincuente por la de tratamiento penitenciario, evidenciando la predominancia del ideal racional de las ciencias incipientes sobre la moral religiosa.

El Preámbulo del Real Decreto, de 11 de noviembre de 1889, no deja dudas cuanto a la incipiente finalidad terapéutica de la pena de prisión:

---

<sup>71</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., La Ideología Correccional, ob. Cit., p. 49.

<sup>72</sup> Críticas de Cadalso, que más tarde, se rendiría a admitir que la corrección se había firmado como uno de los más importantes factores de cumplimiento de la condena, vid. GARCÍA VALDÉS, C., La Ideología Correccional, ob. cit., pp. 24/25.

<sup>73</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C., La Ideología Correccional, ob. Cit., p. 26.

“Pero hoy en día, conociéndose mucho más hondamente la naturaleza del delito en sus conexiones con la naturaleza humana y los modos de constitución social, y sustituida la noción expiatoria de la pena por la de profilaxis y tratamiento de un mal y de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados, no se puede admitir que la función penitenciaria la ejerza quien no está educado en el conocimiento del hombre con la iniciación indispensable en este género de estudio”.

El siglo XX en España, comienza con la predominancia de la idea del tratamiento penitenciario y una énfasis en la preparación del personal de prisiones: “(...) es preciso que el personal de penales responda a las necesidades de la moderna ciencia penitenciaria, conozca el sistema que ha de aplicar, se sienta inspirado en el estímulo del bien y dispuesto al sacrificio que su noble profesión le impone y no se conseguirán estos primordiales fines, si todos los funcionarios que presten servicio en la Dirección General, en los establecimientos penales y en las cárceles no se inspirasen en el mismo propósito, cooperando por igual al planteamiento de la reforma y velando por el prestigio del cuerpo (...)”<sup>74</sup>.

### 1.5. Escuela Sociológica de Von Lizst

En 1888, Prins, Van Hamel y Von Liszt, fundaron la “Asociación Internacional Criminalística”, considerada el origen de la escuela sociológica. Fue VON LISZT el más destacado representante de la escuela sociológica Alemana, cuyas ideas tuvieron grande repercusión en la moderna Ciencia del Derecho Penal. LISZT se mantenía equidistante tanto de los postulados clásicos como de los postulados positivistas<sup>75</sup>. De acuerdo con GARCÍA-PABLOS, *su teoría de la criminalidad y sus propuestas metodológicas y*

---

<sup>74</sup> Preámbulo del Real Decreto de 27 de mayo de 1901.

<sup>75</sup> Cfr. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal: programa de la universidad de Marburgo* (1882), s/n edición, Granada, Ed. Comares, 1995, introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, traducción de Carlos Pérez del Valle.

*político criminales responden a una actitud ecléctica y realista de compromiso*<sup>76</sup>.

Sin prescindir de la necesidad de la pena, le preocupaba el sometimiento de límites infranqueables al poder represivo estatal, pero también el estudio pluridimensional del crimen.

*(...) para F. VON LISZT, tres son las “causas” de la criminalidad: los defectos de la personalidad, el déficit en los procesos de socialización y la bancarrota de la justicia penal, fenómeno este último sociopatológico que coadyuva al creciente incremento de las tasas del crimen y de la reincidencia. Esta tesis “plurifactorial” fue asumida por la propia Asociación Internacional de Criminalística que fundó VON LISZT, y determinó, hasta la segunda guerra mundial, el pensamiento criminológico en Europa (fórmula disposición/medio ambiente) y en Estados Unidos (concepciones “plurifactoriales”) en cuanto a la descripción y análisis causal de la delincuencia.*<sup>77</sup>

Alejándose de la concepción clásica, demandaba para el Derecho Penal un compromiso socialmente activo y eficaz en la lucha contra la criminalidad, proponiendo una Ciencia total del Derecho Penal, formada por la Antropología Criminal, la Psicología Criminal y la Estadística Criminal, dedicadas al combate y a la prevención científica del crimen, sentando las bases de la moderna Política Criminal.

*Como todos los defensores de las teorías preventivas especiales LISZT era partidario de la creación de un amplio espacio científico en el que concurrieran distintas ramas del saber (Gesamte Strafrecht Wissenschaft) para afrontar de forma conjunta la lucha contra la delincuencia.*<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal, ob.cit., vol. II, p. 645.

<sup>77</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal, ob.cit., vol. II, p. 646.

<sup>78</sup> MAPELLI CAFARENNA, Las Consecuencias jurídicas del delito, ob.cit., p. 51.

La idea de prevención especial también está presente en esa escuela, sin embargo, de una manera más cautelosa y con un espectro de aplicación muy limitado. La “corrección” del individuo delincuente no podría tener un espectro indefinido e infinito, so pena de permitir una intervención punitiva estatal a su propio criterio; por eso se debería encontrar en la culpabilidad una *barrera infranqueable* a la intervención punitiva. Si el sujeto que delinquiró no fuera culpable, no sería posible hablar en intervención penal. Siendo culpable, cabría definir la intervención penal que sería distinta según la “modalidad” de delincuente que se tratase. Frente a los incorregibles, la pena se limitaría a inculparlos; solo si se tratase de delincuentes ocasionales habría alguna esperanza *resocializadora* resultante de la propia concretización del castigo.

## 1.6. Escuela de la Defensa Social

La idea de la utilización del Derecho penal como instrumento de defensa social es una constante tanto en los clásicos como en los positivistas. Sin embargo, *por “Defensa social”, en sentido estricto, se entiende un determinado “movimiento de política criminal, cuya primera formulación programática se debe a A. PRINS (1910) y que consolidan después F. GRAMATICA y M. ANCEL, preocupado por articular una eficaz protección de la sociedad a través de la debida coordinación de la Criminología, la Ciencia Penitenciaria y el Derecho Penal.*<sup>79</sup>

Se caracteriza por ser una escuela que propone una lucha eficaz contra el crimen a través de la sustitución de los instrumentos jurídico-penales, basados en los conceptos de hecho, responsabilidad y pena, por otro sistema fundamentado en los siguientes principios: 1) El Estado tiene el “deber” de socializar a los individuos y no el mero “derecho” de castigar. 2) El individuo que viole la Ley de Defensa Social será declarado “antisocial”. 3) La antisociabilidad ha de ser valorada con respecto a cada personalidad concreta. 4) Las medidas que tome la “Defensa Social” tienen una función preventiva, cuantitativa, educativa, y no de simple “pena” o “retribución”. 5) La política de “Defensa social” comprende todo el ordenamiento jurídico, buscando crear una sociedad adecuada a las exigencias naturales del hombre. Sus aplicaciones, en consecuencia, se extienden desde el estudio del hombre en sociedad, hasta la búsqueda de medios de resocialización incluyendo la política en general.

---

<sup>79</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 507;



Cabe distinguir tres etapas en la escuela de la Defensa social: la primera representada por la obra “La Defensa Social y las transformaciones del Derecho Penal” de A. PRINS<sup>80</sup>; la segunda, situada entre las dos guerras mundiales, momento en el que se verifica la recepción de las tesis “defensistas” por distintas legislaciones; y la tercera, originada de las circunstancias del posguerra, con notables distinciones de los dos momentos anteriores.

Esencialmente, el movimiento de Defensa Social insiste en la sustitución del sistema jurídico penal convencional por otro en el que se niega al Estado un derecho a castigar. Aplicar medidas de defensa social, preventivas, educativas y curativas, “socializando” y no “castigando” el delincuente, es la primordial tarea de la Defensa Social.

M. ANCEL, bajo el nombre de “Nueva Defensa Social”, lucha por su ejecución con miras a una política criminal humanitaria centrada en el tratamiento de delincuente<sup>81</sup>. Sin embargo, la noción de “delincuente” aquí propuesta no coincide con la de los clásicos (un pecador llamado a expiar sus faltas), ni con la de los positivistas (una especie atávica destinada a la involución). *El movimiento de la Defensa Social contempla al delincuente como un miembro más de la sociedad cuya conducta debe analizarse y comprenderse (...) Por ello, la vocación humanitaria de la Nueva Defensa Social reclama el tratamiento resocializador del delincuente que proporcione a éste el sentido de su responsabilidad: que el hombre sea él mismo. (...) Esa actitud de respeto hacia la personalidad del delincuente, entendida como personalidad humana propia, única e irremplazable, impidió, desde luego, que tales postulados defensistas incurrieran en los graves excesos a que tan proclive fue el positivismo criminológico.*<sup>82</sup>

La medida de defensa social la establece como curativa, educativa, orientada a proteger a la sociedad contra las empresas criminales,

---

<sup>80</sup> Cfr. PRINS, A. La Defensa Social y las transformaciones del Derecho Penal, s/n edición, Madrid, Ed. Prudencio P. de Velasco, 1912.

<sup>81</sup> Cfr M. ANCEL, La Defense Sociale nouvelle, París, 1954.

<sup>82</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 508;

primando así, la llamada prevención individual sobre la prevención colectiva. La concepción del criminal, como un miembro más de la sociedad, libre de los prejuicios estigmatizadores, y portador de una personalidad humana propia e irremplazable en cualquier idea preconcebida, será el eje de esta “nueva” concepción.

### 1.7. La transición del sistema monista al sistema dualista de penas y medidas de seguridad

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, predominaba el Derecho Penal clásico que entendía la pena en un sentido exclusivamente retributivo y ajustada a la culpabilidad por el hecho. Era el sistema monista al que se acudían las legislaciones para combatir al delito. Ese sistema se caracteriza porque postula una única reacción punitiva del Estado frente al delito: la pena o la medida de seguridad, pero en ningún caso ambas. Sin embargo, el sistema monista no podía hacer frente al sector de la delincuencia formado por los menores y por los enfermos mentales. De igual modo, la pena retributiva también se mostraba insuficiente para combatir a los delincuentes habituales e incorregibles, demandando la búsqueda de nuevos medios que permitieran cumplir con el objetivo de protección de la sociedad, que incumbe al Derecho Penal.

Tales necesidades político criminales urgían una respuesta por parte del Derecho. Dos alternativas se presentaban como posibles: o bien se podría respetar el carácter retributivo de la pena y construir un nuevo recurso cuyo fundamento no fuese la retribución y estuviese destinado exclusivamente a la prevención o bien desvirtuar la naturaleza de la pena convirtiéndola en un medio preventivo. La primera solución fue adoptada por CARLOS STOOSS, autor del Anteproyecto del CP Suizo de 1893, donde se sentaron las bases del dualismo<sup>83</sup>, y la segunda alternativa la asumió F. VON LISZT, con su pena-fin<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. STOOSS, C., *Lehrbuch des Österreichischen Strafrecht*, Viena-Leipzig, 1910; del mismo autor: *Strafe und sichernde Massnahme*, en *SchW ZStr*, 105 (18), pp. 1 a 11; y *Der Dualismus im Strafrecht*, en *SchW ZStr*, 1928 (41), pp. 54 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal: programa de la universidad de Marburgo* (1882), s/n edición, Granada, Ed. Comares, 1995, introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, traducción de Carlos Pérez del Valle.

Rechazando la concepción clásica de la pena retributiva, Lizst defiende la pena-fin, una pena que encuentra su justificación racional en el fin de proteger los bienes jurídicos, resultando la pena justa la que viene a ser un instrumento eficaz de los intereses sociales más relevantes. La finalidad de prevención especial que ha de cumplir la pena se cumpliría de forma diferenciada, según los diversos tipos de delincuentes que mostraba la Criminología: la pena como intimidación frente a los delincuentes ocasionales no necesitados de corrección, operando como disuasión de la comisión de futuros delitos; la pena como corrección frente a los delincuentes de estado necesitados de corrección y corregibles, cuya corrección habría de buscarse a través de una adecuada ejecución de la pena; y, por último, la pena inocuizadora, para los delincuentes habituales incorregibles, propiciando su aislamiento prolongado y perpetuo.

El anteproyecto de CP por defendido por Stooss diferenciaba entre la pena- ajustada y medida conforme a la culpabilidad y al hecho cometido, con una duración predetermina en la ley- y medida de seguridad, que no pretende irrogar un mal al autor del hecho delictivo, sino de tratarle de acuerdo con su estado personal de peligrosidad criminal, cuyo tratamiento, por su propia naturaleza, tiene tiempo de duración indefinido, aunque cabría al legislador, según la experiencia, fijar unos límites temporales a la medida de seguridad.

El sistema de medidas de seguridad deberían aplicarse de acuerdo con los presupuestos y límites previstos en el CP, así como habrían de ser impuestas por un Juez; su fundamento sería la situación personal de peligrosidad criminal (asentada en un pronóstico sobre la probabilidad de futura comisión de delitos), y no en el hecho cometido, que se relaciona con el pasado y es un mero síntoma del mencionado estado del sujeto peligroso; se aplicarían bajo la forma de sentencia relativamente indeterminada, ya que su duración dependerá de que –dentro de los límites fijados por la ley- cese o no el estado de peligrosidad criminal; su objetivo era satisfacer las exigencias político criminales que demandaban ciertos sectores de la delincuencia, como los inimputables, los semiimputables, los menores, los imputables especialmente peligrosos y delincuentes habituales.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> “Una clara distinción entre *penas* y *medidas* surge, por primera vez, en STOOSS, quien parte de tres criterios básicos: En primer lugar, la pena se impone al *culpable* de un delito, precisamente por causa de

Según lo previsto en el Anteproyecto del CP suizo de 1893, las medidas de seguridad serían las siguientes: 1) internamiento en un manicomio de los inimputables o semiimputables; 2) la custodia de delincuentes habituales, privados de libertad de 10 a 20 años e un establecimiento especial destinado a tal fin; 3) el internamiento en casa de trabajo, aplicable cuando se ha cometido el delito por mala conducta o vagancia del delincuente y la pena a aplicar no excede de un año; 4) la prohibición de acudir a establecimientos que fornecieran bebidas alcohólicas, en el caso de que la comisión del delito estuviera relacionada no su ingestión; 5) El internamiento en centro de desintoxicación.<sup>86</sup>

El sistema dualista propuesto por Stooss se caracteriza por ser un dualismo flexible en el que la pena puede ser sustituida por una medida de seguridad en ciertos supuestos, como en los casos de los semiimputables y de los imputables peligrosos. Su funcionamiento tiene por base la aceptación de una formula de compromiso entre las escuelas penales clásicas y modernas, la existencia de un punto de diálogo entre el saber jurídico y el saber médico para que se pudiera determinar los casos recomendables de complementación del sistema penal por medio de las medidas de seguridad.

Según entendimiento de GARCÍA PABLOS, la consecuencias lógicas que se pueden extraer de los distintos presupuestos y funciones de la “pena” y la “medida” son las siguientes: 1) Distintos sentidos de privación de bienes jurídicos; 2) distinta naturaleza del tratamiento *resocializador*; 3) El sentido de la exigencia de proporcionalidad; 4 ) la posibilidad de modificación en su configuración e incluso extinción por razones de

---

éste, mientras la medida tiene como razón de ser la *peligrosidad* del sujeto. En segundo lugar, la *pena* es un “mal” que se aplica con el propósito de producir sufrimiento a quien la padece; las *medidas*, por el contrario, son solo un resorte asegurativo, cuyo fin directo no es producir sufrimiento alguno, aunque impliquen una restricción de los bienes y derechos de la persona. Por último, el *quantum* de la pena viene dado por la gravedad de la lesión del bien jurídico afectado por el delito- y por la culpabilidad del autor- fijándola el juez dentro de los topes que la ley establece; en cambio las medidas de seguridad se especifican en la ley conforme al fin de las mismas y su duración es indeterminada ya que depende del resultado obtenido, cesando cuando se consigue el objetivo al que se orientan: la resocialización, la enmienda o la inocuización del sujeto, según los casos”. Vid. en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal, ob.cit., vol. I, p. 354.

<sup>86</sup> Vid. BARREIRO, A. J., “Crisis Actual del Dualismo en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, actas del Congreso Internacional de la facultad de derecho de la UNED, realizado en Madrid, de 6 a 10 de noviembre de 2000, 1ª. edición, Madrid, Edic. UNED, 2001, pp. 144 y ss.

prevención especial. Su opinión merece destaque en función de la relevancia que posee para la investigación del sentido penal del *desiderátum resocializador*:

*a) El diverso sentido de la privación de bienes jurídicos. En la pena, dicha privación integra su contenido esencial. La pena es privación de bienes jurídicos. En las medidas, no. En las medidas constituye solo la condición de viabilidad de algunas de sus variantes: pero circunstancial, ajena a su esencia.*

*La privación de libertad tiene distinto sentido en las penas y en las medidas que se sirven de ella. En las penas, constituye su propia esencia, su contenido esencial. En las medidas, no necesariamente. En éstas, lo decisivo es el tratamiento, lo circunstancial, que éste requiera – o no- la privación de libertad para que sea efectivo.*

*b) La distinta naturaleza del tratamiento resocializador. Mientras las medidas se legitiman por razones de prevención especial, y, por tanto, el tratamiento resocializador es el medio necesario para llevar a cabo tal intervención – el tratamiento es obligatorio, coactivo, en las medidas- las penas no se legitiman por razones preventivas especiales, por lo que el tratamiento resocializador en las mismas tiene carácter voluntario: constituye un derecho del penado, no un deber diferente.*

*c) El sentido de la exigencia de proporcionalidad. En la pena, el baremo de la proporcionalidad es la culpabilidad por el hecho, esto es, el injusto culpable. En la medida- a falta de una atribuibilidad individual de una responsabilidad por el injusto al sujeto- el criterio de la proporcionalidad no puede ser tal injusto, sino los hechos cuya comisión quepa pronosticar a partir de la peligrosidad revelada (tanto la expresada directamente en el hecho cometido como la pensable de cara al futuro). Difiere, pues, el criterio de la proporción y el propio significado de ésta.*

*(...)*

*d) Por último, las medidas pueden modificarse en su configuración e incluso cesar por razones de prevención especial (si desaparece la peligrosidad del sujeto); las penas, por el contrario, no, pues al prevalecer el criterio de la prevención general como solución de eventuales antinomias, no sería posible reducir la sanción pese al pronóstico favorable y consiguiente desaparición de las exigencias preventivo-especiales, si las preventivo-generales siguieran demandando su prosecución*

<sup>87</sup>

El sistema dualista se ha confirmado, con matices, en las legislaciones penales vigentes en la mayor parte de los países europeos<sup>88</sup>. El Código Penal Español vigente lo adopta en sus artículos 95 y ss., preocupándose en establecer límites a las medidas de seguridad, condicionando la aplicación de las medidas a la previa comisión de un delito - eliminando la posibilidad de invocarse la noción de “peligrosidad social” y, con ello, las medidas “predelictuales” que conocía la legislación española; autorizando la imposición de medidas de seguridad solamente a inimputables o semiimputables; y refiriéndose a la necesaria proporcionalidad de las medidas a la gravedad del hecho cometido- y no a la mayor o menor peligrosidad del autor.

No obstante, se vislumbra una crisis actual del dualismo resultante del cambio de concepción de la pena, la cual ha dejado de ser entendida como pura retribución provocando dificultades y problemas en su ejecución, como también en la demarcación de sus límites; también el sistema de las medidas de seguridad se enfrenta a las dificultades de compatibilizarse con los postulados del Estado de Derecho.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Vid. Vid. en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal, ob.cit., vol. I, p. 357/358.

<sup>88</sup> En Alemania (parágrafos 61 e ss.), Austria (parágrafos 21 y ss.), Italia (arts. 199 y ss), Portugal (arts. 91 y ss.) y Suiza (artss. 42 y ss.). También el CP español de 1995, que, abandonando la tradicional política legislativa de regular, fundamentalmente, toda la materia relativa a las medidas de seguridad a través de leyes especiales (Ley de Vagos y Maleantes de 4.8.1933 y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4.8.1970) incorpora un sistema y una regulación global de las medidas de seguridad (arts. 95 y ss) dentro del nuevo CP.

<sup>89</sup> Sobre la crisis del dualismo, vid. BARREIRO, A. J., “Crisis Actual del Dualismo en el Estado Social y Democrático de Derecho”, ob. cit., p. 144 y ss.

El déficit empírico-científico del juicio de peligrosidad, como también el éxito o fracaso del tratamiento, constituye el “tacón de Aquiles” de las medidas de seguridad, como también el calvario de la “prevención especial”. No obstante la ausencia de una orientación científica segura, las medidas de seguridad siguen vigentes en la mayoría de las legislaciones modernas.

## 2. Fundamento racional del sistema penal

La idea del contrato social sigue siendo el fundamento racional del sistema punitivo moderno: un convenio abstracto al que han llegado los hombres para pasar del “estado salvaje” a la convivencia en forma de Estado. Con base en ese convenio el ciudadano ofendido no puede pretender la reparación de la ofensa por sus propias manos, sino que deberá pleitear al Estado la imposición de la justa sanción. Exclusivamente el Estado posee el derecho de punir como contrapartida de su obligación de velar por la manutención del orden de convivencia<sup>90</sup>.

Este es el fundamento clásico-liberal preconizado desde BECCARIA<sup>91</sup>. Pero es verdad que no ha sido así siempre. A partir de mitad del siglo XIX con el cambio en la concepción política del Estado liberal hacia el Estado social, el fundamento del *ius puniendi* pasa a ser la necesaria intervención estatal en la realidad social con vistas a no solo reprimir como también prevenir el delito.

Sin embargo, la amarga experiencia de los Estados Totalitarios, después de la primera guerra mundial ha evidenciado el peligro de la renuncia a las garantías individuales en nombre de la idea que proclamaba una lucha más eficaz contra el delito. En el Estado social democrático de la actualidad, ya no se admitirá la intervención del Estado sin la observancia de estrictos

---

<sup>90</sup> “Que sólo el Estado puede ejercitar el *jus puniendi* (límite “subjetivo”); que el Estado se autolimita y solo ejerce su poder en el marco del ordenamiento jurídico (límite “objetivo”); y que el “*jus puniendi*” no se realiza directamente, sino a través del proceso (límite “funcional”), es doctrina que goza hoy de amplio consenso”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol.I, p. 459.

<sup>91</sup> BECCARIA, C., Tratado de los Delitos y de la Penas, s/n edición, Madrid, edición facsímil, 1774, traducción del italiano por D. Juan Antonio de las Casas, edición especial del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1993.

límites de racionalidad y respecto a las garantías del individuo, pretendiéndose una síntesis que sea capaz de complementar y perfeccionar la concepción del Estado liberal.<sup>92</sup>

El hecho es que el “convenio abstracto”, aunque sus bases hayan sido muchas veces cuestionadas, permanece intacto. Las partes envueltas en el conflicto entrega en manos de una entidad abstracta (el Estado) el poder de resolverlo. El papel de la víctima en el proceso penal ha sido prácticamente nulo, tampoco el papel del acusado tiene importancia fundamental una vez que es posible prescindir incluso de la aportación probatoria producida por él para dictarse una respuesta estatal al delito. Cuando el poder público interviene en los conflictos penales, “actúa” confiscando el conflicto, es el “guionista, director y protagonista” del proceso. El papel de los sujetos reales (delincuente y víctima) es simbólico.

Según ZAFFARONI, a lo largo de la historia se observa un movimiento pendular en el que la solución de los conflictos oscila entre la *disputatio* y la *inquisitio*, en otras palabras, entre el enfrentamiento de las cuestiones conflictivas por las propias partes o por un tercero imparcial representante del poder público, respectivamente, siendo que la versión inquisitoria viene manteniéndose desde el siglo XIII. En la visión de este autor, la resolución del conflicto penal por parte del Estado provoca una verticalización del poder, de manera que el enfrentamiento de las partes es evitado y el conflicto no es resuelto, sino que se extiende en el tiempo, “suspendido”.<sup>93</sup>

Aunque duramente criticado el *jus puniendi* desde una perspectiva distante de las partes en conflicto, es esta la esencia misma del instituto penal. Debido a la constante gravedad de los conflictos ahí tratados, solo una distancia del conflicto, fundada en el principio de la legalidad, puede abrir posibilidades reales y efectivas de solución al mismo. En ese sentido, afirma SANTA CECILIA GARCÍA, que *El sistema de control social formal se orienta a todos los implicados en el conflicto criminal, de forma objetiva y*

---

<sup>92</sup> En la doctrina española, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA pone de manifiesto la necesaria correlación entre el fundamento del derecho de punir y la concepción política del Estado: “El fundamento del “ius puniendi” es un tema que hunde sus raíces en la Filosofía y en la Ciencia Política”, en *Introducción al Derecho Penal...*, ob.cit, Vol. I, p. 459.

<sup>93</sup> Vid. ZAFFARONI, E., *Derecho Penal parte general*, 1ª. Edición, México, Ed. Porrúa, 2001, p.44 y 350.



*desapasionada; distancia al infractor de su víctima, estructurando sus ámbitos de actuación, roles y expectativas; articula opciones realistas en función del tipo de conflicto y abre posibilidades efectivas de solución al conflicto mismo.*<sup>94</sup>

La prisión es el principal instrumento de ese tipo de poder que se ejerce desde arriba y de forma distante a los intereses de las partes. Por eso no cesan los ataques al Derecho Penal acusándole de ser instrumento del poder represivo. Obviamente, no es el interés de las partes envueltas en un conflicto penal el que se pretende proteger de manera inmediata con la imposición de una pena, considerando que nadie, ni víctima ni infractor, “gana” con ello. No por ello, el Derecho Penal deja de tener importancia. No hay que olvidar el hecho de que muchos de los conflictos penales son concretamente insolubles, porque implican en la existencia de daños irreversibles, como en una lesión corporal gravísima o un asesinato.

A la acusación de ser represivo el Derecho Penal responde con su absoluta necesidad: en un Estado democrático del Derecho, la paz pública imprescindible al desarrollo de las libertades solo se protege con la aplicación de un Derecho Penal justo<sup>95</sup>. Además, las mismas normas de naturaleza penal que atribuyen al Estado el *jus puniendi* de igual manera le prescribe límites para el ejercicio de la facultad de imponer y ejecutar sanciones.

El marco de punición encuentra su paradigma en la pena privativa de libertad. Todas las demás formas de penalidad existen en relación con aquella, es decir, guardan la capacidad de convertirse o no en ella, serán clasificadas en cuanto a su gravedad según se acerque o no al modelo prisional.

---

<sup>94</sup> Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., *Crisis del Principio de Legalidad en Materia Penal*, en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO SIERRA, A., (Editores), *Principios del Derecho*, vol. I, S/n edición, Madrid, Ed. Dyckinson, 2014, pp. 267/268.

<sup>95</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGED, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, quinta edición, Granada, Ed. Comares, 2002, traducción de CARDENETE, Miguel Olmedo, quienes en contra de la acusación con frecuencia hecha al Derecho Penal, sostiene, en la p. 04: “Los ataques dirigidos a la legitimación de la existencia del Derecho penal como un instrumento de poder represivo que pretende la imposición del Ordenamiento jurídico, carecen de fundamento en una sociedad regida por un Estado liberal de Derecho, pues sólo la pena posibilita la protección de la paz jurídica en libertad. Por ello, el objetivo no debe ser la desaparición del Derecho Penal, sino sólo su mejora, a través de una reforma continuada que asegure la protección de la generalidad a través de una prevención general moderada, y que busque alcanzar la justicia para el autor preservando el principio de culpabilidad y, allí donde sea necesario, la ayuda social.

Desde que surgió como instancia de control oficial del Estado, la prisión, en sus diversas manifestaciones, no ha dejado de suscitar controversias cuanto a su fundamento, finalidad y legitimidad.

No hay duda de que la pena es un fenómeno jurídico complejo, portador de diversas manifestaciones. Sin embargo, en su concepción formal, fundamentalmente, es el instrumento de control de que se vale el Estado para ejercitar el poder que tiene de punir de forma vertical, distante e independientemente de la participación real y efectiva de las partes envueltas en el conflicto. Partiendo de esa concepción formal-instrumental, empezamos por la cuestión: ¿para qué sirve la pena?

Cuando, en la doctrina penal, se ha pretendido justificar el ejercicio del *jus puniendi*, se ha dado una serie de respuestas a esa cuestión.

### 3. Teorías sobre los fines de la pena

El pensar sobre los fines de la pena nos obliga necesariamente a pensar su fundamento y legitimidad. ¿La pena se justifica por sí misma? Es decir, encuentra su fundamento en su propia necesidad imperiosa, para afirmar el valor de la Justicia? Obviamente, si se decide de esa manera, no habrá espacio para otros planteamientos. La pena no podrá servir a cualquier finalidad y su legitimidad será la propia realización de la Justicia. Sería una necesidad imperiosa, *fiat iustitia ut pereat mundus*.

O, al revés: ¿la pena se justifica por los fines a los que pretende alcanzar? Pues pensar de otra manera equivaldría a obrar con relación tan solo al hecho cometido sin lugar a ponderaciones circunstanciales en relación a la persona que practicó el delito o a la realidad social.

¿La concepción punitiva deberá atender a cuales objetivos principales? A lo largo de la historia, los filósofos del derecho vienen defendiendo tanto el objetivo retributivo como el preventivo. El primero

objetivo hará que la punición considere la gravedad del hecho, con lo cual, la pena se agota en su propia ejecución. Ya el segundo objetivo exige de la pena fines trascendentales posteriores: la prevención del delito por intermedio de la amenaza penal general y abstracta, y por intermedio de las consideraciones personales del infractor respecto su necesidad de pena.

El debate sobre esa cuestión ha sido objeto de estudio por todas las ciencias sociales y ocupa la atención de los estudiosos del Derecho Penal desde sus orígenes. Históricamente, la diversidad de fines asignados a la pena procede de la propia lucha ideológica entre las escuelas penales. Cuando a las teorías absolutas se les niegan fines trascendentales se trata de una descalificación por las teorías que les sucedieron. Sin embargo, como lo resalta en la doctrina española MAPELLI CAFARENA, “es justo reconocer que ninguna sanción – y la pena lo es- se considera absoluta, entendiendo por tal, ajena a su existencia y configuración a fines trascendentes. El propio KANT, uno de los máximos exponentes de estas teorías, consideraba, en su conocido ejemplo de la isla, en la que debía de ejecutarse al último de los delincuentes antes de desintegrar la comunidad que allí vivía, que dicha ejecución tenía que servir “para que se supiera el valor de sus actos”, lo que a la postre también es un fin transcendente al propio castigo”<sup>96</sup>.

### 3.1. Teorías absolutas o retribucionistas

En la segunda mitad del siglo XVII y comienzos del XVIII, la protesta contra los suplicios se da entre los filósofos y teóricos del derecho, se generan teorías sobre la punición desde diferentes perspectivas. Se pide pensar sobre la punición, castigar de otra manera. BECCARIA, filósofo ilustrado italiano, uno de los más destacados autores exponentes de las críticas al antiguo modelo de sistema penal, refiriéndose al empleo de los tormentos, lo califica como un “un juicio digno de un Canibal”.<sup>97</sup>

Para él, la crueldad y el terror van en contra de la eficacia de la pena. Esa posee la finalidad de cohibir la práctica de crímenes por medio de la ejemplaridad, sin embargo, solo la pena cierta, pronta y proporcionada podrá

---

<sup>96</sup> MAPELLI CAFARENA, B., Las Consecuencias Jurídicas del Delito, ob. cit., p. 45/46.

<sup>97</sup> BECCARIA, C., Tratado de los Delitos y de la Penas, ob.cit., p.79.

ser eficaz. La pena desmedida y cruel es inútil. Él no llega a crear un sistema ideal que pudiera sustituir el anterior, sin embargo, y lo más esencial, convalida la posibilidad y necesidad de pensar críticamente sobre la punición de otrora.

En Alemania, se destacan KANT y HEGEL.

En la visión del primero, la punición significaba una necesidad absoluta, en la medida en que el hombre no podría ser utilizado como medio para llegarse a finalidades de control social. La pena debería imponerse aunque innecesaria porque no sería ético fundar el castigo penal en razones utilitarias. Al malhechor se debe imponer un castigo porque así se lo merece por exigencia de la Justicia. “Es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo; porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra”<sup>98</sup>.

Fue KANT el filósofo responsable por la fundamentación ética de la retribución absoluta de la pena. “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla) antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia”<sup>99</sup>. Se constata aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: la pena habrá de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Vid. KANT, *La Metafísica de la Costumbres*, 4ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2005, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, pág. 167.

<sup>99</sup> Vid. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, ob.cit., pág. 169.

<sup>100</sup> “La pena no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos de derecho real”. Vid. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, ob.cit., pág. 169.

Para HEGEL, la pena también atiende a una necesidad absoluta, pero no de Justicia, como valor absoluto, sino de restauración del orden jurídico, fruto de la voluntad general, violado por el infractor. Aplica, en su teoría, el método dialéctico: la voluntad colectiva está representada por la norma jurídica (tesis), la voluntad del individuo delincuente corresponde la negación de la norma colectiva (antítesis) y la pena sería la síntesis, la negación de la negación que produciría el efecto de neutralizar la conducta delictiva dentro del medio social.<sup>101</sup>

Uno y otro autor se oponen a la idea de consignar fines utilitarios a la pena, esa no sirve a cualquier finalidad, mira hacia el pasado, a la conducta delictuosa que imperativamente debe ser castigada (*punitur quia peccatum est*). Por supuesto, con proporcionalidad, porque la exasperación de la penalidad también representaría una forma de atribuir a la pena un carácter utilitario. La proporcionalidad en Kant debe guardar un carácter absoluto, el castigo debe ser “*talis qualis*” el crimen. Sin embargo, Hegel defiende que, en el momento de la aplicación, el Juez debe fijar una proporcionalidad en relación a las circunstancias sociales, inherentemente cambiantes y no utilizar un criterio fijo fundamentado exclusivamente en el hecho y en el criminal.

Ambos autores compartían una concepción absoluta de la pena fundada en la idea de la realización incondicionada del componente de retribución del mal causado, sin perseguirse otro fin. Por eso, las teorías por ellos defendidas son denominadas absolutas, en contraposición a las denominadas teorías relativas que asignan funciones preventivas a la pena, funciones esas siempre relativas y circunstanciales.

También es posible afirmar que las teorías absolutas adoptan una concepción liberal del ser humano. Concibe éste como un individuo capaz de actuar libremente con base en la razón, no distinguiéndose el ciudadano común de la persona del delincuente; ese último sería alguien que, habiendo utilizado mal su capacidad de razonamiento, no supo elegir lo que realmente le interesaba -la manutención del orden social. Por ese motivo, la quiebra del contrato social deberá ser castigada sistemáticamente, de una manera reactiva.

---

<sup>101</sup> Cfr. HEGEL, G. W. F., Principios de la Filosofía del Derecho, 2ª. edición, Barcelona, Edhasa, 1999, pp. 193/195.

En ese sentido, el castigo no solo es una necesidad absoluta del orden sino un derecho del delincuente, la consecuencia negativa de su propia voluntad. Con la pena se le abre la posibilidad de pagar su deuda con la sociedad y retomar su condición de hombre libre y racional.<sup>102</sup>

### 3.2. Teorías relativas o prevencionistas

La idea de que la pena se fundamentase exclusivamente en la represión del mal causado por el delincuente empieza a ser duramente criticada por un nuevo programa político criminal que se inicia en Europa a partir de mediados del siglo XIX. A los sistemas de Justicia Ilustrados, deducidos de principios de Derecho Natural, se oponía una realidad social de aumento de la criminalidad. La desorganización social incipiente demandaba una otra manera de enfrentar el problema criminal, sería necesario ir hacia la causa del crimen y “cortar el mal desde la raíz”, adaptar la pena al autor del crimen para asegurar que no volviese a delinquir.

De forma distinta a las Teorías Absolutas, las Teorías Relativas asignan fines preventivos a la pena. Interroga el Sistema Penal con relación a su compromiso con la realidad social. Este debería dejar de ser visto como un mecanismo punitivo cuyo único objetivo fuera reprimir los delitos pasando a involucrarse en la realidad, protegiendo los intereses sociales en la medida en que previniera la proliferación de los crímenes. Para esas teorías, el Derecho Penal no puede conformarse con la mera retribución/compensación del mal causado por el delito. Así, las teorías relativas de la pena acentúan la utilidad que debe tener ésta: la pena sólo estará justificada en la medida que sirva para que no se cometan nuevos delitos en el futuro.

Aquel período coincide con el Positivismo Criminológico, la Teoría Evolucionista de Darwin y el Nacimiento de la ciencia de la Estadística Moral<sup>103</sup>. El contexto formado por el desarrollo de los

---

<sup>102</sup> “La lesión que se le impone al delincuente no solo es en sí justa – según Hegel-, sino que al serlo es expresión al mismo tiempo de su voluntad racional, expresión de su libertad, su derecho(...)”. “Al considerar la pena en este sentido como su derecho se honra al delincuente como ser racional.” Vid. CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español, 6ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2007, p. 22.

<sup>103</sup> Sobre la materia vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal..., ob.cit., vol. II, pp. 616 y siguientes.

conocimientos científicos de ahí originados, contribuyó a la consolidación de la perspectiva relativa o prevencionista: el crimen es un problema social sobre lo cual es posible actuar de manera a evitarlo en el futuro.

El surgimiento de censos de población, estudios demográficos y registros cada vez más específicos y complejos posibilitó la observación del fenómeno de la delincuencia. Se llega a la conclusión de que el crimen, como cualquier otro suceso social, es un fenómeno normal regido por leyes naturales. El volumen y la estructura de la criminalidad podría expresarse en números, los cuales reflejaban una magnitud regular y constante.

Sufriendo influencia de la visión evolucionista Darwiniana, el delincuente fue identificado por el positivismo criminológico, como una especie atávica, con predisposición a la involución. Para esa Escuela Italiana, existen diferencias cualitativas esenciales entre el individuo delincuente y el ciudadano común. En ese sentido, la libertad es una ilusión subjetiva. En realidad, la conducta del hombre, como los demás fenómenos naturales, esta sometida a la ley de causalidad y determinada por un complejo encadenamiento de procesos físicos individuales y sociales. El hombre no es un ser libre y, por lo tanto, no es la libertad, sino el mero hecho de vivir en sociedad, el fundamento de la responsabilidad criminal.

El hecho de se vivir en sociedad como fundamento de la responsabilidad criminal implica en que a la pena se la deba atribuir una función protectora de los bienes jurídicos apreciados por esa misma sociedad. A la pena corresponde la función de prevenir delitos a través de una función intimidatoria/confirmatoria de la norma que va dirigida a la colectividad (prevención general negativa/positiva) y a través de una función *resocializadora* o terapéutica, que va dirigida al delincuente concreto (prevención especial negativa/positiva).

Según lo dispuesto por FALCÓN Y TELLA, las teorías relativas o prevencionistas están regidas por dos ideas fundamentales: la de máxima protección a los “no desviados” y la del mínimo sufrimiento posible a los

“desviados”. A la primera idea corresponden las teorías preventivas generales y a la segunda las teorías preventivas especiales.<sup>104</sup>

Para las concepciones relativas de la pena, la pena no debe justificarse en la necesidad pura y simple del castigo del culpable, sino en la necesidad de protección de los bienes jurídicos de modo que solo se justifica su imposición si responde a esa finalidad y en la medida en que contribuye a prevenir la práctica de delitos futuros.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Vid. FALCÓN Y TELLA, M. J. y FALCÓN Y TELLA, F., Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?, s/n, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 178/179: *Dentro de las teorías de la prevención hay que distinguir dos variantes: una que busca la máxima utilidad posible que quepa asegurar a la mayoría formada por los no desviados; otra que ajusta el fin al mínimo sufrimiento necesario que hay que infligir a la minoría formada por los desviados. A la primera de estas variantes se denomina doctrina de la prevención general y a la segunda doctrina de la prevención especial.*

<sup>105</sup> Sobre las Teorías de la prevención y sus vertientes vid. CRUZ MÁRQUEZ, B., Educación y prevención general en el derecho penal de menores, s/n, Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 34/52. Vid. también ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y límites al *jus puniendi* desde el Estado democrático, s/n edición, Madrid, Ed. Dilex, 2006, pp. 23/53.



### 3.3. Teorías ecléticas o unificadoras

El positivismo criminológico abrió tres vertientes de discusión sobre el fenómeno de la delincuencia: una formada por los pensadores encargados de hacer una dura crítica al pensamiento abstracto de los clásicos; otra interna, compuesta de ideas que se dividían sobre si serían biológicas o sociales las causas del crimen; y una tercera también denominada Escuelas no-positivistas de signo sociológico.<sup>106</sup> A partir del positivismo criminológico, se empieza a plantear la posibilidad de coexistencia de la finalidad preventiva con la finalidad retributiva de la pena.

En España, el planteamiento eclético, también llamado unificador, es dominante: “se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena”.<sup>107</sup>

Las varias metas del sistema penal generan una antinomia y la necesidad de armonizar las finalidades opuestas de prevención y retribución. Armonizar porque es una condición de existencia del orden jurídico positivo la unidad y cohesión internas. Mientras la retribución considera la gravedad del hecho, la prevención general mira a la protección de la colectividad y la prevención especial a la persona del infractor. A medida en que se camina desde la retribución hacia la prevención especial los criterios jurídicos van perdiéndose en subjetividad e inseguridad jurídica (Es inevitable el cuestionamiento: ¿cual es la mejor pena aplicable al infractor? ¿cual es la que le tornará más responsable?).

En un plano abstracto la pena solo existe como amenaza, no hay hecho concreto y por lo tanto, el fin de la pena va dirigido hacia la seguridad general. En el momento de aplicación de la pena (tanto en la formulación de la sentencia penal como en la ejecución de la pena) surge la necesidad de se ponderar las finalidades de retribución y prevención.

---

<sup>106</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal..., ob.cit., vol. II, p. 620.

<sup>107</sup> Vid. MIR PUIG, S., Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, pág. 82.

Un ejemplo de aplicación de pena que considerase solo finalidades retributivas sería un Código Penal hipotético que estableciese un sistema exacto de penas. Sería un ejemplo perfecto de la utilización de criterios puramente retributivos, en ellos no existe ningún margen de arbitrariedad y disparidad en la administración de la Justicia. Sin embargo, se pierde en el terreno de las valoraciones ya que no es posible fijar previa y abstractamente la pena más adecuada a cada hecho concreto.

El ejemplo del otro extremo sería la sentencia indeterminada propuesta por el positivismo criminológico que propugnaba la sustitución de la pena por una medida de seguridad, en ella no se podría fijar un plazo predeterminado de cumplimiento porque se asemejaría a un tratamiento médico y, asumiendo esa condición, se extinguiría en el momento en que el condenado recibiera un pronóstico favorable en relación a su reintegración social.

La sentencia, según prescripción del actual Código Penal Español, se orientará por ambos fines. En la doctrina española, MAPELLI CAFARENA observa, con razón, que:

*No ha existido ningún momento en el que el legislador, la ciencia y la jurisprudencia haya elegido una sola de las opciones expuestas. La teoría de la prevención especial es quizás la que se ha encontrado más cerca de ofrecer todo un arsenal normativo coherente con sus postulados coincidiendo con períodos de escasa libertades públicas o en países con gobiernos totalitarios, pero los graves riesgos que su aplicación comporta para la persona han hecho recelar de llevar la misma hasta las últimas consecuencias.*

*La ciencia penal desde muy temprano trató, sobre todo, de buscar un equilibrio entre las mencionadas teorías. Por esta razón, las llamadas escuelas unitarias ofrecen una rica variedad de matices que van desde quines mantienen un equilibrio ponderado entre las tres teorías estudiadas, hasta quienes consideran que la retribución ofrece el marco incuestionable para medir la pena, o quienes, por el contrario, prescinden de la*

*retribución y fundamentan en la prevención los principios asociados a aquella. Incluso, autores que pasan por ser defensores de las teorías preventivas o retributivas reconocen que el Derecho Penal puede y debe ser la síntesis de todas las corrientes. Así, por ejemplo, DORADO MONTERO, considerado la máxima expresión de nuestro correccionalismo reconocía que la pena también sirve para defender la sociedad tratando de disuadir a los futuros autores de delitos.*<sup>108</sup>

Ha sido un trabajo de la dogmática jurídica la búsqueda del equilibrio entre los fines antinómicos de la pena. Con la finalidad de auxiliar el Juez en el momento de aplicación de la pena, la dogmática alemana presenta dos propuestas: la teoría del margen de libertad (o del espacio del juego) y la teoría del valor posicional. MAPELLI CAFARENA explica la distinción entre las dos:

*Para la primera de ellas, la pena que se ajusta a la culpabilidad no es exacta sino que ofrece una banda o marco delimitado entre un máximo y un mínimo. El Tribunal determinará dentro de ese marco la pena concreta considerando solo exigencias preventivas. Esta teoría permite valorar la prevención general y especial, sobretodo si se entiende que el juicio de culpabilidad aporta un criterio preventivo general valorándose entonces dentro del marco de libertad las necesidades preventivo especiales. Por su parte la teoría del valor posicional divide la determinación de la pena en dos fases radicalmente diferenciadas: en la primera de ellas se fija la duración de la pena de acuerdo con la culpabilidad del autor y en la segunda teniendo en cuenta las necesidades de prevención especial se decide la clase de pena, su suspensión o sustitución por otra. Solo para los casos en que hubiere que decidir las medidas suspensivas o sustituciones se valorarán las medidas preventivas, de lo contrario, bastará el juicio de culpabilidad*<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Vid. MAPELLI CAFARENA, Las Consecuencias jurídicas del delito, ob.cit., p. 59.

<sup>109</sup> Vid. MAPELLI CAFARENA, B., Teoría de la Pena, Copistería Minerve S.A., s/n edición, Sevilla, 1987, p. 14.

Los distintos fines que se le atribuyen a la pena, sin embargo, no han sido considerados antinómicos por LISZT. En el Programa de la Universidad de Marburgo (1882) sostiene ser innecesaria e inútil toda y cualquier discusión sobre la contraposición entre la finalidad retributiva y la finalidad represiva de la pena. Para él “*la pena es prevención mediante represión, o como podría decirse también, represión por medio de prevención*”<sup>110</sup>.

El hecho de que la pena implica necesariamente en un mal causado a quién practicó un hecho lesivo al orden jurídico, no le quita la profilaxia que ejerce cuando reequilibra las fuerzas sociales que se debilitan cuando tienen lugar el quebrantamiento del orden jurídico. Tampoco implica necesariamente en una exclusión de fines preventivos a los que cumplen una condena penal, con el objetivo de que no vuelvan a delinquir. En palabras del mismo autor:

*La única formulación sólida y fecunda de la pena como retribución es la pena de protección. En mi opinión, no hay que dar importancia a las palabras. Pero ha de reconocerse definitivamente todo el absurdo y toda la futilidad que contiene la contraposición entre el quia peccatum est y el ne peccetur.*

(...)

*La pena de protección es, por consiguiente, la pena de retribución comprendida de forma correcta. La contraposición entre el quia y el ne no es más que una quimera. En una expresión más amplia, podría decirse que represión y prevención no son principios opuestos. ¿Nado porque he caído el agua o porque si no nado me ahogo? ¿Tomo un medicamento porque estoy enfermo o porque si lo tomo me curo? ¿Cerramos la frontera porque se extiende una epidemia en el país vecino o porque si la cerramos no nos exponemos al peligro de contagio? ¿Apuntalo la casa porque amenaza ruina o porque si la apuntalo no se derrumba? Todas estas preguntas son equivalentes a las*

---

<sup>110</sup> Vid. LISZT, F., La idea del fin en el Derecho Penal, ob. cit., p. 93

*que desde hace milenios constituyen objeto de controversia de las distintas teorías que han filosofado sobre el Derecho”<sup>111</sup>*

La teoría dialéctica de la unión, formulada por ROXIN, de grande acogimiento en España, es su respuesta racional a la siguiente indagación: *¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno o algunos de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal; de ahí que no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico espiritual, constitucional y social del presente respectivo exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados.*<sup>112</sup>

Partiendo del supuesto de que la pena solo se justifica legítimamente en la medida que sirve de protección y no mera retribución al hecho, en la teoría dialéctica de la unión, el autor se propone a integrar la finalidad preventiva con la retributiva aduciendo que, en realidad, la pena solo se justifica por una razón de prevención, considerando que el hombre no puede servir de medio a los fines pretendidos por el Estado. La única faz racional de la pena es la preventiva que asume distintos sentidos dependiendo del momento de abstracción y concreción de la ley penal: el sistema penal está dividido en tres fases, cada una de ellas con una función distinta sin perder con ello una relación dialéctica entre la precedente o la subsecuente y viceversa.

En un primer momento, en lo cual la ley penal prevé una conducta abstracta que, una vez realizada, tendrá como consecuencia jurídica la imposición de una pena, se afirma la relevancia de la norma jurídico-penal para la protección de los bienes jurídicos fundamentales. Existe una suposición generalizada de la gravedad del comportamiento criminal para la convivencia pacífica del grupo.

---

<sup>111</sup> Vid. LIZST, F., La idea del fin en el Derecho Penal, ob. cit., p. 93.

<sup>112</sup> Vid. ROXIN, C. Problemas Básicos del Derecho Penal, s/n edición, Madrid, Ed. Reus, 1976, p. 11, traducción y notas por Diego Manuel Luzon Peña.

En una segunda fase, la ofensa a un bien jurídico penal conduce a la aplicación de la ley, instante en el que se confirma la gravedad de la conducta que infringe un precepto penal a través de la imposición de una pena concreta. Se confirma, por medio de un acto concreto (sentencia) la creencia general en la norma penal una vez que de nada valdría la protección abstracta de un determinado bien jurídico si no existiera la posibilidad de sancionar las conductas ofensivas a él.

Por fin, una vez aplicada la pena, el sistema se orientará hacia la resocialización del infractor, su reinserción social, no queriendo decir con eso que ya no existirá el componente preventivo general de la pena que recuerda la ofensa al bien jurídico a través del comportamiento del sujeto. Eso porque las funciones de cada una de las fases del sistema penal no están herméticamente separadas unas de las otras sino que guardan una relación dialéctica entre ellas.

En palabras de ROXIN: *Finalmente, la ejecución constituye el tercer y último estadio de la realización del Derecho Penal. Como quiera que la pena exclusivamente sirve –según vimos– a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común y sin peligros, la ejecución de la pena solo puede estar justificada si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad (...) En cambio no es cierto que –como opinan de modo unilateral algunos defensores de la finalidad resocializadora– esa idea justifique el Derecho Penal por sí sola y que por tanto se puedan descuidar las etapas precedentes en las que todavía no pueden ser eficaz. Por el contrario, el afán de resocializar sólo es legítimo y fructífero bajo todos los aspectos en el sentido descrito dentro de los límites que con anterioridad hemos trazado cuidadosamente.*<sup>113</sup>

La constatación de que la meta resocializadora no es el fin único del Derecho Penal conduce a la conclusión de que es, al mismo tiempo, una garantía y una exigencia de imposición de la responsabilidad penal para la salvaguarda del orden jurídico y aumento de confianza en la norma. Una garantía porque al Estado no está permitido *resocializar* a una persona, por más inadaptada que sea, sin que se haya hecho culpable de graves agresiones a bienes jurídicamente protegidos. Y una necesidad de prevención general

---

<sup>113</sup> ROXIN, C. Problemas Básicos, ob. cit., p. 31.

positiva porque sería una contradicción librarse de pena aquél que, con su conducta haya lesionado bienes jurídicos fundamentales a la existencia social, por el simple hecho de que están socialmente adaptados, olvidándose el debilitamiento que su hecho delictivo causó al sentido de cohesión social y la necesidad de efectividad de las conminaciones penales para la recuperación de éste sentido.

#### 4. Emplazamiento de la *reinserción* en el aparato categorial del sistema jurídico

##### 4.1. Sistema penal

La racionalidad jurídico-positiva busca la coherencia del sistema penal como modelo paradigma de la representación del orden. Cualquier situación de conflictividad o incongruencia entre las partes que componen aquél sistema es tratada como mera apariencia, considerando que siempre se debe encontrar una solución lógico-racional a sus disparidades.

El orden jurídico penal positivo es un gran edificio de ideas generales y abstractas que, por medio de la lógica, buscan una cohesión interna para mantenerse como tal. La “resocialización del delincuente” encuentra su ubicación en ese edificio como uno de los fines asignados a la pena.

Dogmáticamente, la doctrina mayoritaria española sigue el posicionamiento de ROXIN. Para éste autor, considerando que las leyes penales están a servicio de la protección de la libertad individual y del orden social, solo la finalidad preventiva de la pena está justificada, sea la preventiva general o la preventiva especial<sup>114</sup>. A la pena se le asigna aquellas

---

<sup>114</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Penal, parte general, tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito, 1ª. Edición, Madrid, Civitas, 1997, p. 95: “El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo está justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio. También la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia

distintas funciones según se vaya pasando por las tres diversas fases en las que se descompone el sistema penal.

En la primera fase del mismo, la ley penal abstractamente conminada obedece a la finalidad de la prevención general positiva o de la confirmación del valor de las normas. En su concreción (sentencia judicial) no solo se confirma la seriedad de la amenaza penal por medio de la aplicación de la sanción, como el Juez también deberá estar atento a las circunstancias personales del delincuente y su “necesidad” de pena.

Una vez aplicada la pena, se deja de enfocar la gravedad de la conducta para conferir énfasis a la necesidad de reunir todos los esfuerzos posible hacia la reintegración social del penado. Con base en la observación de sus circunstancias personales, con fundamento en el conocimiento científico multidisciplinar de las ciencias empíricas, se buscará su retorno a la sociedad en condiciones psicológicas de poder respetar las normas imprescindibles a la convivencia social pacífica.

La ejecución penal es así un llamado al “olvido del pasado”, a partir de ese momento solo le importará al preso los informes penitenciarios sobre la evolución de su tratamiento y su buen comportamiento. No obstante, aquí también no se prescinde de la necesidad de tornar efectiva la amenaza penal al que reconocidamente practicó un crimen, demandando un cumplimiento efectivo de pena aunque la reinserción sea imposible o innecesaria.<sup>115</sup>

De todo lo expuesto, a la pregunta inicial “¿para qué sirve la pena?” la Ciencia Penal ha podido contestar de las siguientes maneras:

---

sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos”.

<sup>115</sup> Vid. ROXIN, C., Derecho Penal, parte general...ob.cit.: “Ahora bien, esto no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho Penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada. Pues si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo general”, p. 97.



- La pena sirve para confirmar la necesidad de obediencia a la norma penal (prevención general positiva);
- La pena sirve para intimidar la sociedad en general en cuanto a la práctica de los crímenes (prevención general negativa);
- La pena sirve para producir un cambio cualitativo en el comportamiento del delincuente (prevención especial positiva);
- La pena sirve para asegurar que el delincuente no vuelva a delinquir (prevención especial negativa);
- La pena debe tener un componente retributivo y un preventivo, es decir, sirve a todos los objetivos anteriores;
- La pena sólo tiene un componente preventivo, en sus manifestaciones de prevención general y especial;
- La pena no persigue ninguna finalidad, es una necesidad imperiosa para afirmar el valor de compensación del mal causado inherente a la idea de justicia;

Dentro de ese contexto, la finalidad *resocializadora* resta configurada como uno de los fines de las penas, el preventivo especial, que se dirige al sujeto obligado al cumplimiento de una pena.

#### 4.2. Sistema penitenciario

Si al desarrollo observado por la teoría de la pena comparamos el grado científico-doctrinario alcanzado por la teoría del delito, será forzoso reconocer el gran abismo que separa el mundo del Derecho Penal del mundo del Derecho Penitenciario. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER asevera que *el propio Roxin, en su ya famoso artículo sobre los últimos desarrollos de la política criminal ponía el dedo en la llaga sobre este tema, e insistía en las necesidades político-criminales que desempeñan un mayor estudio de las cuestiones penológicas. Pero a la realidad a la que debemos atenernos es que*

*mientras proliferan los manuales de derecho Penal, apenas existen los de Derecho Penitenciario.*<sup>116</sup>

El artículo 25.2 de la Constitución Española, la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento constituyen el marco normativo básico del sistema penitenciario español. La Constitución Española, en el artículo 25.2, establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Por otra parte, la aprobación de Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) de septiembre de 1979, supuso un importante cambio al conferir autonomía a este sector del ordenamiento jurídico penal y equiparar la legislación penal, la procesal y la penitenciaria. Según GARCÍA VALDÉS, la autonomía del Derecho Penitenciario se basa en el hecho de que posee autonomía jurisdiccional, fuentes y objeto propios.<sup>117</sup>

La legislación penitenciaria española acoge como principios fundamentales: 1) La preferencia de la finalidad reeducadora y de reinserción social sobre los demás fines de la pena; 2) El principio de legalidad en la ejecución de la pena y garantías formales de su cumplimiento; 3) Humanismo y respeto de la personalidad de los reclusos; 4) Concepción de la situación de reclusión como una relación jurídica; 5) Concepción de la pena como un tratamiento individualizado; 6) Carácter asistencial de actividad penitenciaria sobre el recluso y el liberado, tendentes a suplir las deficiencias de su formación; asistencia médica, religiosa, social, educativa, formativa y laboral., con la concepción del trabajo penitenciario como una relación laboral plena, con todas sus consecuencias; 7) Consideración de que los reclusos

---

<sup>116</sup> GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E., “Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOGP” en Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, n. 33, 1995, p. 67-104.

<sup>117</sup> GARCÍA VALDÉS, C., Comentarios a la legislación penitenciaria, 2a. edición, Madrid, Civitas, 1982, p. 244.

continúan formando parte de la sociedad y de que la sociedad se halla plenamente implicada en el desarrollo de la pena y en la reintegración de los penados.<sup>118</sup>

En una análisis global de la legislación vigente, el papel fundamental, que asignan la Constitución Española y la ley Orgánica General Penitenciaria al sistema penitenciario, consiste en garantizar el cumplimiento de las penas impuestas por los jueces, asegurar la custodia de los reclusos y proteger su integridad, aspirando su preparación para una vida en libertad en la que prepondere el respeto por sí mismos y el desarrollo de su responsabilidad individual y social. Una ambiciosa misión.

Está reconocido por la doctrina que el principal instrumento con el que el sistema penitenciario pretende llegar a la corrección del *desideratum resocializador* es a través del “tratamiento”.<sup>119</sup> Éste implica en la individualización científica de los reclusos y utilización de una pluralidad de tratamientos que van a utilizar una diversidad de métodos científicos, pedagógicos, psicológicos, psiquiátricos que buscan intervenir en la personalidad del penado determinando una evolución de la misma. Para la concreción del “tratamiento” se partirá de un diagnóstico proporcionado por los conocimientos científicos existentes- también llamada individualización científica. Con base en la observación de su evolución, los especialistas emitirán también pronóstico respecto al comportamiento futuro del penado.<sup>120</sup>

Sin embargo, no se puede olvidar que el “tratamiento” es un elemento necesario, considerando que debe ser colocado a la disposición del preso, pero no es obligatorio, una vez que puede negar someterse a él.<sup>121</sup> Elemento necesario dentro de un régimen de ejecución penitenciaria que busca también otros objetivos: garantizar el cumplimiento de las penas impuestas por los jueces, asegurar la custodia de los reclusos y proteger su integridad.

---

<sup>118</sup> Vid. BUENO ARÚS, F. “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, Cuadernos de Política Criminal, n. 07, 1979, pp. 3 a 28.

<sup>119</sup> Vid. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, Esther, “Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOGP”, ob.cit., p. 67-104.

<sup>120</sup> Vid. art. 59 y siguientes de la LOGP y art. 110 y ss. del RP.

<sup>121</sup> Vid. art. 112.3 del RP.

Según definición del Reglamento Penitenciario, *por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.*<sup>122</sup>

El régimen de ejecución será el denominado sistema progresivo o de individualización científica, según el cual el cumplimiento de la pena estará dividido en cuatro grados: primero, segundo, tercero y libertad condicional.<sup>123</sup>

En un primer momento, los internos pasa por el proceso de individualización: el interno es acogido en un módulo de ingresos, lugar donde es reconocido por el servicio médico y se entrevista con un equipo técnico que lo evalúa y le asigna el régimen de vida de acuerdo con criterios de separación y clasificación teniendo en cuenta su personalidad e historial delictivo.

El primer grado está previsto como régimen excepcional y es aplicable únicamente a los penados clasificados de peligrosidad extrema o aquellos cuya conducta sea de inadaptación manifiesta a los regímenes ordinario y abierto. La peligrosidad o la inadaptación han de ser apreciadas por causas objetivas y en resolución motivada.<sup>124</sup>

Todo interno puede progresar a Tercer Grado o Régimen Abierto en función del tiempo de cumplimiento de la pena y de su evolución, una vez analizada su conducta, participación en actividades, comportamiento en salidas de permisos. Pero también se puede endurecer su régimen en caso de comportamiento negativo.

---

<sup>122</sup> Vid. art. 73 del RP.

<sup>123</sup> Vid. arts. 15 a 25 y 71.1 de la LOGP y arts. 73 a 75 del RP.

<sup>124</sup> BUENO ARÚS, F., "Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la criminología" en Revista del Poder Judicial, núm. 7, junio de 1983, p. 122.

En la mayoría de los casos, son clasificados en Segundo Grado, clasificación con la que acceden al Régimen Ordinario. Ninguna clasificación es definitiva y todos los grados son revisados obligatoriamente pasados unos meses.

El Tercer Grado o Régimen Abierto tiene la función de aprendizaje para que la incorporación del preso a la vida en libertad sea gradual. En éste régimen los internos salen a trabajar durante el día y vuelven al establecimiento cuando terminan la jornada laboral. Según aseverado por GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, *lo que hace peculiar el régimen abierto descrito en la LOGP es que un interno puede ser clasificado directamente a un tercer grado, a partir del segundo mes de ejecución. Sea cual sea la duración de la condena, si concurren los requisitos objetivos, es posible clasificar un interno en tercer grado. No es necesario que haya cumplido una parte de la condena o que ésta sea muy corta como sucede en otros países.*<sup>125</sup>

Por último, está la libertad condicional, que permite al interno el cumplimiento de la última parte de su condena fuera del establecimiento prisional.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Vid. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, Esther, "Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOGP", ob.cit., pp. 67-104.

<sup>126</sup> La regulación de ese instituto está determinada en los artículos 90 a 93 del CP y 58 al 66 del RP. Para acceder a ese beneficio, el penado deberá satisfacer las siguientes circunstancias:

- 1ª. Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario;
  - 2ª. Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta;
  - 3ª. Que haya observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.
2. El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del presente Código.

Excepcionalmente, establece el art. 91, cumplidas las circunstancias 1ª y 3ª, el Juez de Vigilancia podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados que hayan cumplido dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

Asimismo, se establece la posibilidad de conceder la libertad condicional (art. 92) a los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años y a los enfermos muy graves, con padecimientos incurables, cuando reúnan los requisitos establecidos, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras partes.

El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que falta para que el liberado acabe de cumplir la condena. Si durante este período volviera a delinquir u observara mala conducta se revocará la libertad condicional y se decretará el reingreso y la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

Durante la ejecución de la pena, serán realizadas actividades organizadas en la cárcel. Se parte de la concepción de que programas formativos, socioculturales, religiosos, recreativos y deportivos ayudan a su desarrollo personal y social, estimulan la autoestima y motivan una actitud respetuosa con la ley.<sup>127</sup>

Otras imposiciones de reconocido carácter *resocializador* son: que el cumplimiento de la condena sea allí donde el preso tenga arraigo social; la comunicación con el exterior<sup>128</sup>; los permisos ordinarios de salida<sup>129</sup> y la asistencia post penitenciaria<sup>130</sup>.

Como se observa, toda la legislación buscará conciliar un rígido régimen de cumplimiento de condenas penales con el ofrecimiento progresivo de posibilidades que tienen como función la preparación para la vida en libertad: el tratamiento, programas formativos, laborales, deportivos. Los penados, estando sometido a una constante observación de los funcionarios y de la Junta de Tratamiento, deberán conquistar, con la aprobación de éstos, la progresión de su régimen, hasta el régimen abierto, la libertad condicional y propia la alternativa de la libertad sin cualquier tipo de restricción.

---

<sup>127</sup> Vid. arts. 54 y 55 de la LOGP y arts. 118, 119, 122 a 125 y 130 del RP.

<sup>128</sup> El reglamento penitenciario regula la comunicación por teléfono, carta o a través de contactos personales en las instalaciones habilitadas para ese fin en los centros penitenciarios, vid. art. arts. 51 a 53 de la LOGP y arts. 41 a 49 y 233 del RP.

<sup>129</sup> Según propuesta de la Junta de Tratamiento y aprobación del Juez de Vigilancia. Para conseguirlos es necesario estar clasificado en Segundo o Tercer Grado, haber cumplido, al menos, la cuarta parte de la condena y haber mostrado una evolución positiva. Existen permisos de salida extraordinarios para todos los internos cuando se dan circunstancias especiales como el fallecimiento de un familiar cercano o el nacimiento de un hijo. Vid. art. 47 y 48 de la LOGP y art. 154 a 162 del RP.

<sup>130</sup> Arts. 73 a 75 de la LOGP y arts. 227 a 229 del RP.

Es fácil notar que, contrarrestando la rigidez del régimen penitenciario que garantiza el cumplimiento efectivo de las condenas penales, se encuentran muchas medidas cuyo objetivo es preparar al interno para su retorno a la vida en libertad. El preámbulo de la LOGP, sin negar el carácter preventivo general y la necesidad de la pena privativa de libertad, proclama que la reeducación y la reinserción social constituirán la finalidad precípua de las instituciones penitenciarias:

*Las prisiones son un mal necesario y, no obstante la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo durante mucho tiempo. Los cambios de las estructuras sociales y de los regímenes políticos determinarán, sin duda, modificaciones esenciales en la concepción y realidad sociológica de la delincuencia; así como en las sanciones legales encaminadas a su prevención y castigo, pero es difícil imaginar el momento en que la pena de privación de libertad, predominante hoy día en los ordenamientos penales de todos los países, pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza, que, evitando los males inherentes a la reclusión, pueda servir en la misma o en mejor medida a las necesidades requeridas por la defensa social.*

*La finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de prestar atención debida a las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda, y a la proporcionalidad de las penas con la gravedad de los delitos cometidos que el sentido más elemental de la justicia requiere.*

*Al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la Ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquel y encaminado a*

*preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.*

Parece ser por tanto que el sistema penitenciario pretende que ese efecto positivo integrador de la pena privativa de libertad funcione como un principio inspirador de la ejecución penal, a pesar de sus íntimas contradicciones.

#### 4.3. Sistema constitucional

Históricamente, no ha sido materia constitucional la determinación del sentido que las penas privativas de libertad deben tener dentro del Estado Español<sup>131</sup>, el artículo 25.2 de la Constitución Española puede ser considerado una innovación.

La tradición constitucional se había ocupado de las garantías individuales de los ciudadanos a la hora de ser presos, pero se olvidaba de los ciudadanos que ya estaban en prisión. Por primera vez, los condenados aparecen como titulares de derechos durante el cumplimiento de la pena.

La Constitución española no solo reconoció un derecho de los penados a reintegrarse socialmente, ha ido más allá que eso. El mandato *resocializador*, dirigido hacia la reinserción y reeducación social, es uno de los preceptos del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución. Esa posición sistemática, en principio, debería conferirle el rango constitucional de derecho fundamental, un selecto grupo de derechos de eficacia garantizada por la vía del recurso de amparo. No obstante, como se verá enseguida, no ha sido esta la dimensión que el Tribunal Constitucional dio al art. 25.2 CE.

---

<sup>131</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, M. I., El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social, 1ª. Edición, Madrid, Ed. Dykinson, 2012, p. 19: *"Sobre esta cuestión no tenemos antecedentes en el constitucionalismo español. En la Constitución de Bayona de 1808, el artículo 297 recogía: "Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos...". El Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873 en el punto 8º. de su título decía: ...el derecho, en caso de caer en culpa o delito a la corrección y a la purificación por medio de la pena".*



No es fácil distinguir el aspecto subjetivo del institucional cuando se trata de derechos fundamentales una vez que estos son al mismo tiempo instituciones esenciales de determinados sistemas jurídicos y facultades puestas a la disposición de los ciudadanos<sup>132</sup>. Referido Tribunal pone de manifiesto en sus decisiones que la resocialización no se trata de un derecho fundamental del condenado. Para éste, la resocialización no es ni derecho subjetivo ni derecho fundamental del penado. Con esa posición, la disposición contenida en el artículo 25.2 pierde en eficacia jurídica y se restringe a un principio programático, una declaración de intenciones, una finalidad que solo debe perseguirse “dentro de lo posible”, en el ámbito de ejecución de las penas.<sup>133</sup>

La doctrina penal española reconoce la incertidumbre del contenido *resocializador* debido a la multitud de sentidos que posee, dificultando su aplicación a la hora de tornarse concreto. El análisis de la jurisprudencia de la corte constitucional, sabiendo de tal imprecisión, quiso evitar los problemas que surgirían con relación a la eficacia de aplicación de la pena si acaso fuera reconocido como derecho subjetivo del condenado. Se quita de la resocialización un sentido determinante y único, esa será vista como un elemento necesario, pero no predominante en el cumplimiento de las penas.

#### 4.4. Teoría General del Derecho

Mantiene la jurisprudencia constitucional la imposibilidad de que la *reinserción* sea considerada un derecho subjetivo del penado.

---

<sup>132</sup> “En las disposiciones de la Constitución no siempre resulta fácil distinguir el aspecto institucional del subjetivo... El asunto resulta especialmente complicado por cuanto se está ante uno de los preceptos del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución; los derechos fundamentales, por su propia naturaleza, tiene un doble carácter que los dota de eficacia tanto como instituciones del sistema jurídico que como facultades de los ciudadanos”. Así fue dicho por URÍAS MARTINEZ, J. “El valor constitucional del mandato de resocialización” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, p.56.

<sup>133</sup> Vid. en contra de lo que viene decidiendo el tribunal Constitucional, la posición crítica de TÉLLEZ AGUILERA, A., “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2002, p. 334: “Creemos que con ello nuestro alto Tribunal ha realizado una devaluación del art. 25.2, el cual, dada su ubicación sistemática, viene a consagrar un auténtico derecho a la reinserción social y no un mero principio programático que hubiera tenido cabida en otro capítulo (el III) del Título I de la Constitución. El temor del tribunal Constitucional a que la consagración de la reinserción como derecho fundamental propiciara la petición de no cumplimiento de la pena privativa de libertad de aquellos penados que en el momento de tener que ingresar en prisión ya se encontrasen reinsertados en la sociedad”.

En el ámbito de la teoría general del derecho, es conocido el tradicional concepto de derecho subjetivo, en contraposición al de derecho objetivo, siendo éste el conjunto formado por la totalidad de normas jurídicas existentes en un ordenamiento jurídico-penal y aquél poder o facultad atribuido por la norma potestativa al sujeto, que le permite realizar determinados actos o exigir a otros sujetos una conducta de hacer o no hacer algo, o bien de abstención y no impedimento. Sobre la naturaleza y alcance del derecho subjetivo, fueron criadas varias teorías.<sup>134</sup>

En Derecho Penal, el derecho subjetivo de punir lo tiene el Estado. Por ser ese un derecho de imponer coactivamente una sanción penal, obviamente no habrá un derecho contrario del penado que importe en la anulación del *jus puniendi*. Cualquier derecho del penado que sea oponible al Estado tomará el *status* de un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado o un campo de autonomía personal en la que no cabe la acción intervencionista del Estado, nunca el *status* de anulación del *jus puniendi*.

---

<sup>134</sup> La teoría de la voluntad, defendida por WINDSCHEID postula que el derecho subjetivo consiste en el hecho psicológico de la voluntad del sujeto, que las normas del Derecho positivo han de reconocer y garantizar. La teoría del interés, defendida por el jurista alemán VON IHERING, considera que el derecho subjetivo es un interés protegido por el Derecho, partiendo de una concepción del Derecho entendido como regulación de intereses en conflicto. Tanto la teoría normativista de KELSEN, como la de DUGUIT, como la teoría del realismo jurídico niegan la existencia del derecho subjetivo. Para KELSEN el derecho subjetivo no constituye más que un aspecto del derecho objetivo que toma la forma de un deber cuando la norma sanciona a un sujeto o bien la de un derecho subjetivo cuando se pone a disposición de un sujeto. El jurista francés DUGUIT, cuya teoría del Derecho de corte sociológico toma la solidaridad social como fundamento de lo jurídico, niega la existencia del derecho subjetivo, porque lo considera un concepto individualista propio exclusivamente de los sistemas liberales. Para él las normas jurídicas no confieren derechos subjetivos a los individuos, sino que determina cuales son las funciones sociales que le corresponden a cada miembro del grupo social. Y, por último, la teoría del realismo jurídico fue desarrollada tanto en Norteamérica como en los países escandinavos y, con óticas distintas, defiende una teoría jurídica de signo empirista, que explica el Derecho desde lo que considera hechos jurídicos. Para el realismo jurídico americano, la conducta de los Tribunales es la que constituye los hechos jurídicos y los derechos subjetivos en la medida que derivan de las normas jurídicas, que son las que atribuyen facultades, no tienen relación con los hechos y tienen una naturaleza puramente metafísica, por lo que no pueden ser tomados en consideración en el marco de la ciencia jurídica, que es una ciencia empirista y solo debe tener en cuenta los hechos jurídicos. Para el realismo jurídico escandinavo, los derechos subjetivos son solo un producto de la imaginación y se apoyan en la creencia de que existen unas facultades, potestades o inmunidades que no tienen correlato en la realidad. Los derechos subjetivos no tienen existencia real, pues son sólo una construcción de la ciencia jurídica que permite explicar el Derecho vigente, aunque cumplen la función de crear el sentimiento de poseer unas facultades que motivan las conductas jurídicas. Sobre la materia vid. ROBLES. G., *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Vol. I, 4ª, edición, Pamplona, Ed. Civitas, 2012, pp. 633/692.

Por ejemplo, el derecho del penado al régimen progresivo de la pena constituye para el mismo un límite a la ejecución penal y encontrará protección bajo la tutela jurisdiccional del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Sin embargo, el supuesto derecho subjetivo del penado a la resocialización, si existente, se encuentra dentro de un concepto de derecho subjetivo público que todavía carece de un sistema efectivo y de recursos apropiados para la exigencia de su satisfacción.

Hay una serie de derechos en el marco del Estado social y democrático de Derecho que todavía quedan por aclararse y el previsto en el art. 25.2 de la CE quizás sea uno de ellos. A respeto del ámbito de protección y el marco de desarrollo de los derechos subjetivos en la actualidad, cumple traer a la luz una importante observación:

*Hay que preguntarse además: ¿El mero hecho de que una determinada constitución emplee en su articulado la expresión “derecho a” o “derecho de” permite sin más hablar de auténticos derechos subjetivos? Ésta es una cuestión importante, sobre la que requiero tu atención, porque es un asunto en el que la retórica de las palabras conduce muchas veces a confusas conclusiones que, desde un punto de vista jurídico, son insostenibles.*<sup>135</sup>

El autor sostiene que hay muchos derechos subjetivos previstos en la CE -como el derecho a una vivienda digna y el derecho a un trabajo- que, al no poseer una protección procesal similar a la que tiene otros derechos -como “el derecho a la libertad de expresión”- en virtud de que no es posible acudir a los jueces en demanda de protección de dichos sedicentes derechos (y la reeducación y reinserción social aquí se incluiría perfectamente), en realidad, no lo son. En efecto, los llamados derechos constitucionales no garantizados por la constitución ni por las leyes no merecen el nombre de

---

<sup>135</sup> Vid. ROBLES. G., Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, ob.cit. p.685.

*derechos subjetivos, ya que carecen de un elemento esencial de éstos: la garantía.*<sup>136</sup>

Así, la existencia de “derechos” sin tutela jurídica eficaz y posible- porque dependientes de circunstancias sociales y económicas variables (se podría plantear por ejemplo que si en la actualidad la crisis económica torna difícil una oportunidad de empleo a los ciudadanos libres, mucho más impacto tendrá sobre el contingente de personas que cumple una condena penal) se explica por el impacto ideológico y propagandístico que tiene cuando situados en un texto constitucional, como también por el enorme prestigio social de que goza hoy día todo lo que se entiende relacionado o derivado de los derechos humanos, aunque dicha la expresión “derecho humanos” se emplee con una gran variedad de significados muchas veces contradictorios.

---

<sup>136</sup> Vid. ROBLES. G., Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, ob.cit. p.686/687.

## 5. Posición de la doctrina penal española

En la doctrina penal española, es fácil notar una tendencia por la defensa de una ejecución “humanizadora” de la pena traducida en un esfuerzo constante por la reintegración de la persona del delincuente al medio social. En el siglo XIX, grandes nombres como el de Concepción Arenal, Dorado Montero y Coronel Montesinos, contribuyeron al desarrollo de la idea de la reinserción social del preso, lanzando las semillas de lo que hoy es un principio constitucional. En el siglo XX, se consolida la idea del tratamiento penitenciario, acogida por la actual Ley Orgánica General Penitenciaria, como el principal instrumento en favor de la resocialización. Lo que se expondrá enseguida consiste en un resumen de la idea *resocializadora* dentro de la doctrina penal de las últimas tres décadas.

En el año 1979, recién promulgada la Constitución democrática de 1978, el contexto histórico cultural abría el espacio para el debate de las principales innovaciones del texto constitucional. Sin duda, el artículo 25.2 de la constitución era uno de ellos.<sup>137</sup>

Los postulados fundamentales de la legislación penitenciaria española buscaban garantizar al recluso el acceso al desarrollo de su personalidad, a través del tratamiento, la instrucción, asistencia religiosa, trabajo penitenciario, relaciones con el exterior y prestación de servicios asistenciales tutelares promovidos por organismos, públicos o privados que consistirían en la ocupación de sus problemas humanos y familiares.

Tales fundamentos, expresados en la creación de unas condiciones mínimas, físicas y espirituales, para que el interno pueda ser motivado hacia un comportamiento positivo de desarrollo de su personalidad, según el autor, ponían de manifiesto que la pena de prisión pretende la reforma en profundidad del delincuente y su reintegración a la sociedad, no obstante su ya manifiesta crisis de legitimidad en aquél entonces.

---

<sup>137</sup>“ (...) Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social(...)”

El fracaso de la pena de prisión era evidente (como sigue siendo hoy para el fin *resocializador* que pretende) sin embargo BUENO ARÚS entendía que el escenario político de entonces y la reforma penitenciaria en curso abrían brechas a la esperanza. En su visión, solo se podía hablar de reforma desde un status legal y social establecido<sup>138</sup>, status que en aquél momento se encontraba en una fase muy dinámica de cambio y transformación: la Constitución democrática, leyes penales y procesales reformadas, sistema de seguridad social omnicomprendivo e instituciones públicas y privadas representativas señalaban la necesidad de mantener la pena de prisión basada en un sistema penitenciario que persiguiese la humanización del castigo a pesar de sus dificultades.

MUÑOZ CONDE <sup>139</sup> asumía otra postura, más crítica y escéptica:

*Que es lo que está ocurriendo en estos últimos años para que desde esta creencia optimista, alegre y confiada en la resocialización se pase ahora a un escepticismo amargo, pero realista que cuestiona desde su base la idea misma de resocialización y todo sobre lo que en ella descansa? Naturalmente un giro tan radical no se produce así por las buenas, ni es obra de un día ni por supuesto, se trata de la decisión arbitraria de algunos penalistas, siempre dispuestos a criticar toda obra legislativa por bien intencionada que sea. La razón es, desde luego, mucho más profunda. Las críticas a la idea de resocialización refleja mejor que ninguna otra la grave crisis actual del Derecho Penal, sus íntimas contradicciones, sus fracasos y frustraciones en un mundo en el que muchos creen que el Derecho Penal solo sirve para aumentar la diferencia entre ricos y pobres, para defender los intereses de aquellos y*

---

<sup>138</sup> “Evidentemente, una reforma penitenciaria no es: a) Una reelaboración de leyes penales, para suprimir de ellas todo vestigio de explotación de clase; b) Una crítica del concepto legal y sociológico de criminalidad (“etiquetamiento”) para depurarla, asimismo, de toda manipulación política y social; c) Una mejora del sistema de administración de justicia para evitar procedimientos lentos y sentencias injustas. Partiendo de unas leyes penales y procesales, un sistema de administración de justicia y un concepto de criminalidad que *están ahí*, de la prisión concebida como un *mal necesario*, los penitenciaristas únicamente puede pretender organizar la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por unos jueces y en virtud de unas leyes que obligan a su cumplimiento de una manera más humana, justa y eficaz posible”, en BUENO ARÚS F., “Aspectos positivos y negativos...”, ob.cit., pp. 27/28.

<sup>139</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F. “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, Cuadernos de Política Criminal, 1979, pp. 91/105.

*para controlar, discriminar y marginar a través del castigo a todo aquél que se atreva a cuestionar el orden social vigente.*<sup>140</sup>

Al pensamiento *resocializador*, en su opinión, se dirigen muchas objeciones. La primera dice respecto a la contradicción inherente al objetivo pretendido, pues ¿como puede la norma penal exigir del preso una transformación hacia el respeto por sí mismo y hacia los demás, si hace parte de la propia sociedad las estructuras de exclusión y dominación? Desde el punto de vista sociológico, es posible, necesario o aconsejable “luchar contra el crimen”? Si es la sociedad la que produce y delimita la criminalidad, no sería contradictoria esa lucha? No tenía razón Durkheim al afirmar que “la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana?”.

Otra objeción se refiere al cuestionamiento sobre ¿a qué tipos de normas debería referirse la resocialización del delincuente, en una sociedad en la cual existe muchas normas vigentes? ¿Es posible determinar un modelo normativo *resocializador* cuando existen diferentes modelos de comportamiento moral que deben ser igualmente respetados en una sociedad democrática?

El referido autor puso de manifiesto que también se critica duramente la idea *resocializadora* en el sentido de que es completamente inviable dentro del ambiente penitenciario, como puso de manifiesto CLEMMER, al describir, detalladamente, la forma de vida en una prisión de máxima seguridad (Menard, Estado de Illinois, Estados Unidos). En lugar de contribuir a la integración del preso lo que en realidad ocurre en una prisión es que paulatinamente, el condenado va perdiendo las capacidades individuales y sociales mínimas para vivir en libertad, “el recluso pierde el sentido del control situacional, de la propia iniciativa y de la autoresponsabilidad, apareciendo en él una inseguridad personal que le limita el contacto exterior”.<sup>141</sup>

Sin embargo, fue GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que, en un conocido artículo denominado “la supuesta función resocializadora del

---

<sup>140</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F. “La resocialización del delincuente...”, ob cit., p. 93.

<sup>141</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F. “La resocialización del delincuente...”, ob cit., pág. 101.

sistema penal: utopía, mito y eufemismo”<sup>142</sup>, trató el tema de la resocialización con más profundidad. En referida investigación, el autor trazó las coordenadas de la polémica de entonces, clarificando las diversas opiniones y clasificándolas en tópicos, exponiendo todos los problemas teóricos que plantea el ideal resocializador.

Enfatiza lo cuanto es problemático el término “resocialización”, exponiendo la multiplicidad de sentidos que son invocados cuando se pretende hablar de él:

- *fin esencial de la función penal, que legitima a esta;*
- *criterio de interpretación en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad que varía entre una mínima y máxima intervención en el individuo, fundamentada en motivos humanitarios;*
- *adaptación del individuo al modelo social (planteamiento funcionalista);*
- *cambio cualitativo (reforma, corrección, etc) que ha de experimentar el sujeto para reinsertarse en la comunidad jurídica (tesis correccionalistas);*
- *reclame de un comportamiento externo del sujeto acorde con la legalidad penal (programas resocializadores mínimos);*
- *exigencia de que el sujeto acate, interiorice y asuma los valores y normas del grupo, sin distinguir conducta externa y actitud interna (programas máximos), no se conformando en evitar la reincidencia;*

---

<sup>142</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora ...”, ob.cit., pp. 645-700.



- con una óptica meramente defensiva, para una mejor protección de la sociedad, sin contar si fuera preciso con la voluntad y cooperación del penado, sometiendo a éste a un tratamiento capaz de modificar sus propias estructuras mentales y corporales (tesis defensasistas: positivismo);

- con una concepción humanitaria, llevando a cabo una función “tutelar” en interés del penado, con el consentimiento de éste y renunciando a terapias que impliquen falta de respeto a su dignidad de hombre<sup>143</sup>;

La multiplicidad de sentidos es uno de los factores que, unido al ingrediente utópico que alimenta la profunda esperanza humana de querer vivir en una sociedad sin controles violentos, represivos y coactivos frente al comportamiento desviado, contribuyó para la aceptación acrítica del mismo como también posibilitó que de la investigación se originase un resultado contradictorio: “desde presupuestos ideológicos muy- y con fundamentaciones y objetivos finales también muy dispares- se puede coincidir en el si o en el no a la resocialización (...) Y a la inversa: desde concepciones afines – de uno u otro signo- se discrepa abiertamente en cuanto a la aceptación o no aceptación del “ideal resocializador”.<sup>144</sup>

Uno de los puntos más problemáticos se refiere a su legitimidad: en una sociedad democrática con valores pluralistas la dificultad pasa por la selección del modelo paradigma de conducta y de valores, por el proceso y el grado de aproximación del individuo a ese modelo, por la disponibilidad y licitud de medios para conseguirlo, por los objetivos que se deben perseguir.

---

<sup>143</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora...” ob.cit., págs 674/675.

<sup>144</sup> Sigue el autor: “El resultado sin duda es paradójico. ¿Cómo se explica que desde un planteamiento conservador y moralizante, como el de Karl Peters, y el de Stiller – que refleja la doctrina oficial de un país socialista – se coincida en propugnar un “programa máximo resocializador”? ¿Por qué tanto desde los esquemas del Derecho penal “liberal” – de la pena retributiva- como desde los postulados de la criminología crítica se rechaza igualmente la idea de “resocialización”? “Por qué, desde una común óptica liberal, se discute la conveniencia de un programa “máximo” o “mínimo” resocializador; o discrepan, de forma tan ostensible al respecto, los autores marxistas de las democracias populares y los neomarxistas de las democracias occidentales?” Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora...” ob.cit., pág. 647.

Una parte de las diversas teorías existentes pululan en medio a la problemática del grado de aproximación, cuyo dilema es: ¿el objetivo debe restringirse al respecto a la legalidad penal o ir más allá buscando una convicción interna sobre el valor y el desvalor de la conducta que garantizase un fundamento estable al objetivo pretendido?

Las teorías resocializadoras máximas propugnan un cambio de actitud interna del reo, las teorías resocializadoras mínimas se contentan con una mera actitud de respecto hacia la ley, las “fórmulas de compromiso y terceras vías” sostienen la libertad del individuo de elegir él mismo su propio modelo dentro de una multiplicidad que le debe ser presentada.

Sin embargo, todas comparten la misma dificultad: la barrera impuesta por la estructura política de la actual sociedad. En una comunidad jurídica cuyos valores fundamentales son la democracia y el pluralismo, la variedad de concepciones ideológicas válidas fulminan la posibilidad de adopción de una imagen paradigmática, porque faltaría a esa imagen una base unitaria y congruente.

Otra parte se limita a teorizar alrededor del blanco en el que se debe pretender el cambio cualitativo: si el individuo o la sociedad misma.

El positivismo criminológico y el correccionalismo pretendiendo la corrección del individuo, el primero concebido como un sujeto temible y el segundo como un inválido necesitado de ayuda.

*(...) detrás de cada concepción del ideal resocializador hay siempre una distinta imagen del hombre que la inspira. Una imagen del hombre y de sus relaciones con la sociedad que permiten distinguir posturas aparentemente coincidentes en el “sí” o en el “no” a la resocialización (...) El delincuente es para Lombroso, un salvaje resucitado por un fenómeno de atavismo en el seno de las sociedades civilizadas. Si para los clásicos era un pecado llamado a expiar su falta para los positivistas es un*

*irresponsable condenado al crimen por su naturaleza (...) Los correccionalistas parten de una imagen del hombre como ser inválido, disminuido, incapaz de dirigirse por si mismo su vida como consecuencia de una voluntad defectuosa y enfermiza necesitada de ayuda.*<sup>145</sup>

Las teorías sociales funcionalistas (criminología crítica y “labeling approach”) pide que se fije en la estructura social, que es la que produce la delincuencia, a través de sus estructuras criminógenas, borrando los límites de la culpabilidad individual, concibiendo el ideal *resocializador* como declaraciones meramente ideológicas, que cumplen la función de legitimar las instituciones sociales, justificando su existencia por las funciones ideales que conllevan, distintas a las que realmente cumplen.

También en el sentido de negación de la resocialización se manifiesta algunos sectores de la psicología y del psicoanálisis, para los cuales en individuo penalizado es el chivo expiatorio que atrae la carga de agresividad, frustraciones y culpa de los demás integrantes de la sociedad, por eso habría que analizar la sociedad punitiva y su agresiva psicología, causa del medio criminógeno que incentiva las transgresiones.

Como ha apuntado el autor, esas teorías que pretenden un cambio estructural en la sociedad padecen de un excesivo apego a la creación de modelos cuya implantación siempre tardan en llegar, si es que llegan, reforzando el mantenimiento del *status quo*, olvidándose que el cambio estructural como máximo lo que hará es producir un tipo distinto de criminalidad.

Partiendo del supuesto de que la resocialización es una exigencia en un modelo de Estado social intervencionista, afirma que se debe abordar el tema a través del análisis de los medios que hoy disponemos, su legitimidad, aplicabilidad y grado de eficacia, un estudio sobre lo que sería la dinámica del concepto aplicado en la práctica penal.

---

<sup>145</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora...” ob.cit., pp. 670/671.

*Creo que es un error convertir el debate sobre la resocialización en un debate ideológico sobre los respectivos modelos sociales. La resocialización debe abordarse aquí y ahora: a la sociedad de hoy y ponderando el impacto real y efectivo de los medios resocializadores con que esa sociedad cuenta. Más que los modelos (concretos) hay que analizar la dinámica de la resocialización, sus medios, la legitimidad de estos, el impacto que producen en el individuo, los límites que deben imponerse en todo proceso de aprendizaje social.*<sup>146</sup>

Pasadas más de tres décadas, parece igual de “viva” la polémica sobre la resocialización. El término sigue impreciso y todavía no ha sido capaz de integrarse al edificio del sistema penal. El sistema penitenciario ha adquirido nuevas características, como el control por parte de los jueces de vigilancia y lógicamente ha cambiado sus dimensiones y estructura. Sin embargo, llama la atención el aumento progresivo de la población carcelaria por 100.000 habitantes. Mientras en 1979 era de 36,9<sup>147</sup>, en enero de 2012 era de 152,3<sup>148</sup>. Parece que el mismo sistema no se ha liberado de la acusación de ser un sistema puramente represivo, de marginación social.

La doctrina penal, al hacer una aproximación de la idea *resocializadora*, ya admite sus contradicciones íntimas, los efectos desocializadores de la prisión que, de la manera como está constituida, perturba todo el universo de relaciones interpersonales del preso, provocando tensión y división interna. Por eso nadie se atreve a decir que la pena privativa de libertad objetiva promover la reintegración del preso a la sociedad.

Se transforma la idea inicial de que la intervención del sistema penal en el individuo pretende enseñarle a vivir en libertad, para una más realista y menos pretenciosa: que en el cumplimiento de la pena se busque la neutralización de sus efectos perniciosos a través de la mejora del medio

---

<sup>146</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora...” ob.cit., pág. 695.

<sup>147</sup> Vid. CUESTA ARZAMENDÍ, J.L., “Retos principales del sistema penitenciario hoy”, en *Universitas Vitae*, Libro Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero, PÉREZ ÁLVAREZ (Ed.), Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2007.

<sup>148</sup> Según estadísticas oficiales del Gobierno español recogidas en [www.institucionpenitenciaria.es](http://www.institucionpenitenciaria.es) y [www.ine.es](http://www.ine.es).

penitenciario y adopción de medidas terapéuticas direccionada a los graves problemas que presenta la mayoría de su población, como la marginalidad y la drogodependencia. Es decir, que en el ámbito penitenciario sea posible ofrecer al recluso unas condiciones físicas y humanas capaces de compensar su “déficit” de socialización.

*(...) se ha trasladado la reinserción al propio marco penitenciario para que pueda ofrecer al recluso unas condiciones óptimas de acceso a la cultura, al mercado laboral y le aparte de factores criminógenos como la marginalidad o la drogodependencia. Para ello la intervención se proyecta no sólo sobre el recluso sino fundamentalmente sobre la prisión con el fin de mejorar sus condiciones de cumplimiento y con ello facilitar el tránsito hacia la libertad. Ejemplo de ello es su extensión a los preventivos en el art. 3.4 del Reglamento Penitenciario de 1996 (en adelante RP) y los nuevos cometidos del tratamiento incorporados en el art.110 RP, entre los que junto al desarrollo de aptitudes formativas y utilización de técnicas psicosociales para mejorar las actitudes de los internos se menciona el compromiso de potenciar y facilitar los contactos con el exterior.*<sup>149</sup>

Según CUESTA ARZAMENDÍ, los principales retos del sistema penitenciario de la actualidad se relacionan con intervenciones en los problemas presentados por el contingente de presos, formado, en la escala que más crece proporcionalmente, por extranjeros, mujeres y drogodependientes.

*Extranjeros, mujeres y toxicómanos constituyen ciertamente grandes retos del actual sistema penitenciario. No son, sin embargo, los únicos. Como repetidamente ha señalado el Consejo de Europa, hace ya una década que se observa un importante cambio en los sistemas penitenciarios europeos: el desarrollo de alternativas de intervención y tratamiento comunitarios para los delincuentes menos peligrosos lleva a que las poblaciones carcelarias sean cada vez más difíciles y*

---

<sup>149</sup> Vid. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “El sentido actual del principio de reeducación y reinserción social”, publicado en “Presente y futuro de la Constitución Española de 1978”, Universidad de Valencia, 2005, pp. 217-233, [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net).

*conflictivas, por su peligrosidad o por la dificultad que presenta su tratamiento en prisión. Por último, aunque no en importancia, el imparable crecimiento de la población penitenciaria española – que se acerca peligrosamente al doble de la capacidad óptima oficialmente reconocida (31.000 plazas)- constituye igualmente un reto no precisamente “nuevo”, pero, a la vista de la gravedad de la situación, precisado de un abordaje inaplazable y eficaz.*<sup>150</sup>

Para aquél autor, el sistema penal ha abandonado en la práctica el ideal *resocializador* una vez que siguen sin solución la mayor parte de los problemas existentes hace tres décadas:

*El análisis de la realidad penitenciaria pone, con todo, de manifiesto, lo difícil que hay de resultar alcanzar el aquel objetivo en la situación actual. En efecto, veinticinco años después de la aprobación de la LOGP, en un sistema que, a pesar de lo constitucionalmente dispuesto (art. 25.2 CE) ha abandonado en la práctica el ideal resocializador, siguen sin resolverse la mayor parte de los déficits denunciados a los finales de los 80 y que los informes de diversos organismos e instancias se acaba de recordar.*<sup>151</sup>

GARCÍA-PABLOS, manteniendo su postura crítica, apunta para el peligro del escepticismo:

*Pero el lógico clima de escepticismo representa un doble peligro. De una parte, puede alimentar respuestas regresivas y políticas criminales de inusitado e innecesario rigor, de inmediata repercusión en el régimen penitenciario (interpretación restrictiva de todas las instituciones del sistema progresivo. El actual desencanto sería, de hecho, una mera coartada para el retorno hacia el tradicional derecho penal retributivo. De otro, cuestiona el mandato constitucional consagrado en el artículo 25 de la Carta Magna española, que*

---

<sup>150</sup> Vid. CUESTA ARZAMENDÍ, J.L., “Retos principales del sistema penitenciario hoy”, ob. cit, pág. 128.

<sup>151</sup> Vid. CUESTA ARZAMENDÍ, J.L., “Retos principales del sistema penitenciario hoy”, ob. cit, pág. 141.

*no es una declaración de “buena voluntad” del legislador, sino una norma jurídica obligatoria que obliga todos los poderes del Estado.*<sup>152</sup>

BUENO ARUS enfatiza el carácter normativo de la prescripción prevista en el artículo 25.2 de la Constitución Española, concibiendo la idea *resocializadora* en su sentido de valor, independientemente de su precisión racional, como meta positiva destinada a la readaptación del delincuente al medio social y no solo negativa (como sería admitirse que el objetivo del cumplimiento de la pena es la “no desocialización”).

*Comparto, por convicción moral, claro es, y no por demostración racional, el criterio de que la pena preventiva, encaminada a tratar de conseguir la readaptación a una convivencia normal del delincuente en la sociedad, representa un avance positivo, que debe ser conservado y no rechazado, ni por malos entendidos de concepto, ni por la ineficacia harto demostrada en la historia penitenciaria de sus resultados.*

(...)

*Tampoco podemos contentarnos, como se ha propuesto, con que el fin de la pena consista exclusivamente en la no resocialización del penado. A mi entender, no tendría sentido la elaboración de un medicamento cuya única finalidad fuera no hacer daño al paciente. Necesariamente las actividades humanas persiguen un fin positivo, aunque, accesoriamente, se pueda pretender que, además, no hagan daño. Y ese fin positivo, en lo que respecta a la pena resocializadora, es la oferta que el Estado hace al penado de métodos que pueden ayudarle, si el interesado coopera voluntariamente, a superar sus defectos de socialización o sus dificultades de convivencia social.*<sup>153</sup>

Como se observa, la doctrina española ha mantenido una postura escéptica en relación a la posibilidad de que el sistema penal sea apto a

---

<sup>152</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal..., ob.cit., vol. II, pág. 729.

<sup>153</sup> Vid. BUENO ARÚS, La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica, s/n edición, Navarra, Editorial Aranzandi, 2005, págs. 120 y ss.

aportar características positivas que implique en una emancipación moral del individuo. Frente a la cruda realidad del sistema penal, una parte ha retrocedido para entender el término como un esfuerzo que deben emprender las instituciones penitenciarias en el sentido de neutralizar los efectos negativos de la pena o los déficits de socialización de los “marginados”<sup>154</sup>; otros prefieren hablar que de un mito se trata<sup>155</sup>. Pocos, como BUENO ARÚS, mantienen vivo el ideal correccionalista del siglo XIX, reconociendo que es una “creencia” muy difícil, pero no imposible de conseguir.<sup>156</sup>

## 6. Interpretación por parte del Tribunal Constitucional

A lo largo de la vigencia del precepto constitucional previsto en el artículo 25.2, el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición ecléctica o unificadora. Ha reconocido las varias dimensiones que posee la pena<sup>157</sup> y restringe el mandato *resocializador* a su dimensión ejecutiva. Es decir, ha adoptado el argumento central de que el mandato *resocializador* no constituye la única finalidad de la pena, por eso carece de la posibilidad de una subsunción automática, ya que habrán otras finalidades a ser consideradas. Dicho mandato más bien se refiere a un objetivo que debe orientar la creación de las leyes y el día a día de la ejecución penal (dirigido a la Administración Penitenciaria). Un objetivo que tiene sus limitaciones ya que se reconoce que la reintegración del preso a la sociedad muchas veces es

---

<sup>154</sup> En ese sentido, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Bosch, Barcelona, 1983, p. 135 y ss; Cf. CUESTA ARZAMENDÍ, J.L., “Retos principales del sistema penitenciario hoy”, ob. cit., pág. 141;

<sup>155</sup> Por ejemplo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función...” ob.cit., págs. 645/700, y MUÑOZ CONDE, F. “La resocialización del delincuente...”, ob.cit., págs. 91/105.

<sup>156</sup> Vid. BUENO ARÚS, La ciencia del Derecho Penal..., ob.cit., pág. 12.

<sup>157</sup> La pluridimensionalidad de sentidos que posee la pena se puede observar en los supuestos en los que el Tribunal se manifestó sobre el principio de proporcionalidad de la penas; para él, un juicio que lleva en consideración tantas variantes debe ser muy cauteloso y no olvidarse, por supuesto, de la finalidad preventiva especial de la pena: “De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el resultado de un “complejo juicio de oportunidad”, que supone atender: 1) al fin esencial y directo de protección al que responde la norma; 2) otros fines legítimos que se pueda perseguir con la pena; 3) las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos; 4) las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma: intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y prevención especial.”, vid. STC 136/199, de 20 de julio, FJ 23.



imposible o innecesaria; según posición del Tribunal, en esos casos, con raras excepciones, aún así la pena deberá imponerse.

Se puede afirmar perfectamente que de ese argumento central de que la resocialización se aplica, con limitaciones, al ámbito ejecutivo de la pena, se originan sus demás entendimientos, como, por ejemplo: la negación del status de derecho fundamental a la resocialización; la constitucionalidad de las penas de corta duración y del arresto sustitutorio por el impago de multa; la obligatoriedad de fundamentar la negación de los permisos de salida; la posición de que el trato inhumano o degradante depende de la forma de ejecución de la pena, etc.

Es posición dominante del Tribunal Constitucional la idea de que la resocialización no es un derecho fundamental ni subjetivo del condenado de tal manera que no es posible extinguir la pena en su favor tomando por base el hecho de que haya alcanzado los objetivos de integración social o que, en determinado caso, se tratase de persona perfectamente adaptada a la convivencia social.

*Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el art. 25.2 CE, en cuanto alude a la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, no contiene un derecho subjetivo, ni menos aún un derecho fundamental susceptible de protección en vía de amparo, sino tan solo un mandato del constituyente al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad.*<sup>158</sup>

Así, en un hecho concreto en el que el demandante pretendía la exoneración de la pena privativa de libertad decurrente de un homicidio, argumentando estar integrado socialmente, el Tribunal se ha pronunciado negativamente.

---

<sup>158</sup> STC 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2. En idéntico sentido: STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 3; STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 4; STC 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2; STC 23/2006, de 30 de enero, FJ2.

*Lo que dispone el art. 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, más no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional.*<sup>159</sup>

Con esa interpretación, referido órgano niega un sentido positivo al principio, confiriéndole más bien un sentido negativo como mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, prohibiendo la adopción de leyes y medidas que obstaculicen dicho objetivo, como sería la exclusión definitiva de un grupo determinado de reclusos a los beneficios penitenciarios.<sup>160</sup>

Sin embargo, el Tribunal no considera inconstitucional una ley que haya creado una pena que dificulte la reinserción, como sería, por ejemplo una pena de corta duración o el arresto sustitutorio por el impago de multa, en las cuales el objetivo *resocializador* está muy limitado, pero no ha obstado a que las mismas fueran consideradas constitucionales.

*Puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad – y las medidas a ellas asimiladas por la ley- se prestan con dificultad mayor a consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad había de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, esta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización- que no descartan otros fines válidos de la norma positiva- han de orientar el modo de cumplimiento de la privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se*

---

<sup>159</sup> Auto núm. 486/1985, de 10 de julio, FJ 2.

<sup>160</sup> URÍAS MARTÍNEZ, “El valor constitucional del mandato de resocialización” en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 63, 2001, ob. cit., p. 72: “Resultarían además inconstitucionales tanto las normas que establecieran una limitación genérica del acceso a los beneficios penitenciarios, sin ponderar las circunstancias del caso concreto como la negación definitiva a un recluso o un grupo de estas posibilidades. No creo que quede duda de que es directamente contrario al mandato del art. 25.2 la exclusión definitiva de cualquier colectivo de reclusos del disfrute de los beneficios penitenciarios que lo preparan de nuevo para la vida en sociedad”.

*presten, principalmente, por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial del artículo 25.2 de la Constitución tiene como destinatario primero al legislador penitenciario y la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar transcendente a otros efectos. No cabe pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad – tengan o no el carácter de “pena”-puedan parece inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración Penitenciaria.<sup>161</sup>*

En ese particular se observa que el Tribunal Constitucional quiso dar al principio un sentido negativo dirigido al legislador de impedir la creación de leyes que tornen imposible la aplicación de dicho principio, sin embargo admite ser constitucional una ley que haya previsto un instituto penal que solo dificulte la resocialización, pero no la imposibilite.

*A lo que cabe agregar, por último, que no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador.<sup>162</sup>*

En fin, considera que la imposición de penas que no estén orientadas exclusivamente a la resocialización no es contraria a la Constitución.

---

<sup>161</sup> STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8. Y en el FJ 9 concluye: *Una pena de estas características sólo puede estar encaminada a desempeñar una función expiativa, ya que “por su duración es inidónea para cumplir los fines de reeducación y reinserción social que señala a las penas privativas de libertad el art. 25.2 de nuestra Constitución”.*

<sup>162</sup> STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4.

*“Del mismo modo hemos señalado que el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad ni, por lo tanto, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad”.*<sup>163</sup>

Nos parece que según la visión del Tribunal Constitucional, la aferición sobre la obediencia a dicho principio está más unida a la forma de ejecución de una pena determinada que a su previsión abstracta. Habría que apreciarse la forma de ejecución de la pena para, desde ahí, poderse concluir sobre su orientación *resocializadora*.

*De manera que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión. Es en este marco en el que se inserta la posibilidad de cumplir el arresto menor en el propio domicilio. Forma de ejecución que, al contrario de lo argumentado en la cuestión de inconstitucionalidad, se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva.*<sup>164</sup>

De forma análoga, el TC entiende que, para calificar una pena de inhumana o degradante, habría que analizar su forma de ejecución.

*Hemos reiterado que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues*

---

<sup>163</sup> STC 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2.

<sup>164</sup> STS 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4b.

*“depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Tales consideraciones han sido también claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer c. Reino Unido) y de 16 de diciembre de 1999 (casos T. Y V.c. Reino Unido), al interpretar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art.15 de la Constitución española” (FJ9).<sup>165</sup>*

Otro interrogante sobre lo cual se ha pronunciado el Tribunal Constitucional dice respecto al alcance del principio *resocializador*, si solo abarca las penas privativas de libertad o si se extiende a todas las penalidades o, incluso, a todas las fases de la ejecución penal.

Conforme visto anteriormente el órgano Constitucional restringe el mandato *resocializador* a una orientación dirigida al legislador penitenciario y a la administración penitenciaria. No obstante, admite la aplicación de dicho mandato a los supuestos en los que el sujeto se encuentre en libertad como es el caso de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Por eso, en la doctrina penal se sostiene que el art. 25.2 es aplicable a los sujetos que estén cumpliendo una pena privativa de libertad o que estén en libertad bajo el control de un centro penitenciario.<sup>166</sup>

*En particular, y dado que la suspensión constituye una de las medidas que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, las resoluciones judiciales en las que se acuerde deben ponderar*

---

<sup>165</sup> STC 91/2000, de 30 de marzo.

<sup>166</sup> En la doctrina, SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, M. I., El mandato constitucional hacia la reeducación ..., ob.cit., en la p. 24, sostienen que (...) *El mandato constitucional solo comprende las penas privativas de libertad que se estén ejecutando en centro penitenciarios en régimen cerrado o en libertad bajo el control penitenciario.*

*las circunstancias individuales de los penados, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, como las otras finalidades de prevención general que las legitima.*<sup>167</sup>

En los casos de sustitución de las penas privativas de libertad por penas alternativas, es cierto que no hay la obligación de que, a parte de la multa aplicada y de los trabajos en beneficio de la comunidad, el condenado siga con un programa específico de reinserción y tratamiento psicológico. Por ese motivo se podría concluir que en referidos supuestos no se aplicaría el principio constitucional.<sup>168</sup> No obstante, nos parece que el propio instituto ya viene inspirado por el mandato resocializador, por lo que, aunque el reo no siga ningún tratamiento específico, sería recomendable que el Juez estuviera suficientemente informado sobre su situación personal y social, como ha reaccionado frente al delito para poder decidir sobre qué tipo de pena o medida puede ser la más *resocializadora*.<sup>169</sup>

Pocas veces, por lo tanto, de la finalidad *resocializadora* de las penas se ha deducido una directa y especial garantía jurisdiccional de los internos en los establecimientos penitenciarios.

Uno de los raros ejemplos tiene relación con la concesión de los permisos de salida:

*La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad,*

---

<sup>167</sup> Sentencia 222/2007, de 8 de octubre, FJ 4;

<sup>168</sup> Como hacen SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, M. I., El mandato constitucional hacia la reeducación... ob.cit., págs. 32/33: *En el art. 88.1 del Código Penal se permite a los jueces y tribunales sustituir penas de prisión privativas de libertad por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y para las que no excedan de seis meses por localización permanente. Tampoco estas medidas hay que considerarlas incluidas dentro del mandato constitucional, aunque hay una excepción en el RD 840/2011.*"

<sup>169</sup> Sobre el tema, Cfr. LARRAURI PIJOAN, Elena, "La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias" en el Boletín Criminológico, n. 139, pp. 1 a 5, noviembre/2012, del Instituto Andaluz Interuniversitario de Andalucía.

*la reeducación y reinserción social (...) Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el art. 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad. Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de la leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena.*<sup>170</sup>

Así, donde el reglamento penitenciario permite negar los permisos cuando “resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno”<sup>171</sup>, el Tribunal Constitucional entiende que de lo que se trata es de justificar que existen otros bienes jurídicos superiores a la reinserción. Por ello, será necesario que las autoridades penitenciarias y los órganos encargados de fiscalizar sus decisiones, motiven la razón de esa preferencia de otros fines antes que el *resocializador*.

*Ello justifica que respecto a los permisos especiales aquí considerados la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria (art. 47.2) y, con mayor desarrollo, el Reglamento Penitenciario (art. 254.2 del entonces vigente, aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, y arts. 152 a 154 del reformado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), los vinculen a la finalidad de preparar la vida en libertad del recluso, si bien establecen, asimismo, no sólo determinados requisitos (grado de cumplimiento, extinción de una cuarta parte de la condena y no observar mala conducta)*

---

<sup>170</sup> STC 112/1996, FJ 4 y 5. En el mismo sentido, vid. STC 115/1997. También similares, aunque en esos casos la motivación se consideró suficiente, la STC 2/1997 y el ATC 311/1997.

<sup>171</sup> Art. 156.1 del nuevo Reglamento Penitenciario.

*sino la necesidad de un previo examen por los Equipos de Tratamiento y, ulteriormente, por las Juntas de Régimen y Administración de los establecimientos, de las particulares circunstancias que, en relación con el permiso solicitado, concurren en el solicitante. De manera que la concesión o denegación de tales permisos dependerá de la apreciación de dichos requisitos y, cumplidos éstos, de las concretas circunstancias de cada caso.*

*Ahora bien, como antes se ha dicho, ello no supone que sea admisible cualquier motivación de la que se deduzca la conveniencia de no otorgar el permiso, sino sólo aquellas que sean consistentes con los presupuestos constitucionales y legales en esta materia. Y si la preparación para la vida en libertad es una finalidad que encuentra plena justificación constitucional y a la que indudablemente sirven los permisos de salida, es claro que ninguna tacha cabe hacer en esta sede a la negativa razonada a conceder tal permiso en el presente caso. Pues en condiciones de inmediatez de las que este Tribunal no goza, el órgano judicial competente ha estimado, apreciando los requisitos y las circunstancias concretas del supuesto, que su otorgamiento no resultaba adecuado para la consecución de aquella finalidad.<sup>172</sup>*

Otra interpretación nada frecuente de la que derivó una garantía constitucional directa al condenado se dio cuando el Tribunal suspendió la pena privativa de libertad en un supuesto muy particular para drogadictos cuyo ingreso en prisión tendría efectos negativos para la rehabilitación, argumentando que la imposición de una pena resultaría demasiado gravosa al infractor, contradiciendo así su argumento central de que a la pena se le confiere otras funciones que no la resocializadora.

*Acordar la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta cuando su duración no sea superior a cinco años, siempre y cuando se trata de hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señalada en el art. 20.1 CP y el*

---

<sup>172</sup> STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 4.



*condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto. El art. 87.1 CP se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los arts. 80 y siguientes de ese mismo texto legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia esta justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurran los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas – caso habitual del llamado traficante/consumidor- reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella.*

Como se pudo observar del análisis de las distintas interpretaciones conferidas por el TC sobre el artículo 25.2 de Constitución española, se ha adoptado una postura cautelosa para que la adopción del mandato resocializador no resulte, en la práctica, en elusión de la responsabilidad por el hecho criminal. Tanto es así que el Tribunal, en regla, ha respondido negativamente a los pleitos de exoneración de pena en base a la invocación del no cumplimiento del mandato de reinserción. No obstante, si lo que se pretende es la aplicación efectiva de los institutos penitenciarios aplicables, si de lo que se trata es de “mejorar” la ejecución de la pena, el TC responde positivamente, como ha sido, por ejemplo, su posición en relación a los permisos de salida, exigiendo una especial fundamentación de la decisión denegatoria del permiso.

## 7. Toma de postura

La dogmática jurídico-penal parte de preceptos legales que considera como un dogma para elaborar y estructurar su contenido en un sistema. El estudio de la función resocializadora de la pena puso de manifiesto, no obstante, la imposibilidad de estructuración de su contenido, la imposibilidad de perfazerse en un concepto dogmático penal. Un sin número de indagaciones, que todavía permanecen sin respuesta, constituyen un obstáculo a la estructuración de su contenido.

La idea resocializadora de la pena se desarrolló con diferentes perspectivas siempre alrededor del condenado, con indagaciones de como éste podría volver a la sociedad “modificado”, con indagaciones sobre la función “social” del Derecho Penal. Constituye una dura crítica al Derecho Penal represivo, tachado de burgués, que responde discriminando, marginalizando y puniendo a cualquiera que cuestione en orden social puesto. Es básicamente una desconstrucción del Derecho Penal Clásico. Sugiere un Derecho Penal “Social”, más “humano”, que mira la pena, no solo con una utilidad “transformadora”, sino también cuestionando su propia necesidad, según el contexto y el individuo que está siendo juzgado. Sin embargo, el sentido y los límites de pretendida “transformación” no están claros.

Otra objeción se refiere al cuestionamiento sobre ¿a qué tipos de normas debería referirse la resocialización del delincuente, en una sociedad en la cual existe muchas normas vigentes? ¿Es posible determinar un modelo normativo *resocializador* cuando existen diferentes modelos de comportamiento moral que deben ser igualmente respetados en una sociedad democrática?

Más cuestionamientos sin respuestas: ¿el objetivo debe restringirse al respecto a la legalidad penal o ir más allá buscando una convicción interna sobre el valor y el desvalor de la conducta que garantizase un fundamento estable al objetivo pretendido?

También la multiplicidad de sentidos que pueden ser invocados para el intento de explicarse la idea constituye una barrera a que pueda ser

traduzida en un concepto dogmático penal. Se invoca la idea como *fin esencial de la función penal, que legitima a esta; criterio de interpretación en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad que varía entre una mínima y máxima intervención en el individuo, fundamentada en motivos humanitarios; adaptación del individuo al modelo social (planteamiento funcionalista); cambio cualitativo (reforma, corrección, etc) que ha de experimentar el sujeto para reinsertarse en la comunidad jurídica (tesis correccionalistas); reclame de un comportamiento externo del sujeto acorde con la legalidad penal (programas resocializadores mínimos); exigencia de que el sujeto acate, interiorice y asuma los valores y normas del grupo, sin distinguir conducta externa y actitud interna (programas máximos), no se conformando en evitar la reincidencia; con una óptica meramente defensiva, para una mejor protección de la sociedad, sin contar si fuera preciso con la voluntad y cooperación del penado, sometiendo a éste a un tratamiento capaz de modificar sus propias estructuras mentales y corporales (tesis defensasistas: positivismo); con una concepción humanitaria, llevando a cabo una función “tutelar” en interés del penado, con el consentimiento de éste y renunciando a terapias que impliquen falta de respeto a su dignidad de hombre*<sup>173</sup>.

Por último, el argumento más fuerte que revela la imposibilidad de la idea resocializadora perfazerse en un concepto, sobre la base del cual sea posible avanzar en materia de ejecución penal es su ambigüedad intrínseca. En 1978, esa singularidad había sido detectada por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA cuando constata el resultado contradictorio que resultó de su investigación: “desde presupuestos ideológicos muy- y con fundamentaciones y objetivos finales también muy dispares- se puede coincidir en el si o en el no a la resocialización (...) Y a la inversa: desde concepciones afines – de uno u otro signo- se discrepa abiertamente en cuanto a la aceptación o no aceptación del “ideal resocializador”<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora...” ob.cit., págs 674/675.

<sup>174</sup> Sigue el autor: “El resultado sin duda es paradójico. ¿Cómo se explica que desde un planteamiento conservador y moralizante, como el de Karl Peters, y el de Stiller – que refleja la doctrina oficial de un país socialista – se coincida en propugnar un “programa máximo resocializador”? ¿Por qué tanto desde los esquemas del Derecho penal “liberal” – de la pena retributiva- como desde los postulados de la criminología crítica se rechaza igualmente la idea de “resocialización”? “Por qué, desde una común óptica liberal, se discute la conveniencia de un programa “máximo” o “mínimo” resocializador; o discrepan, de forma tan ostensible al respecto, los autores marxistas de las democracias populares y los neomarxistas de las democracias occidentales?” Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora...” ob.cit., pág. 647.

Esa misma ambigüedad se hace perceptible en el actual momento, cuando entra en vigor en España la Ley que introdució la posibilidad de la prisión permanente revisable y es posible que, con el mismo argumento (el precepto de resocialización), se llegue a una manifestación contraria o favorable a la prisión permanente revisable.

En la exposición de motivos el texto legal menciona que la prisión permanente revisable no ofende al principio resocializador de la pena una vez que no quita al penado su horizonte de libertad, es decir, su posibilidad de volver a la libertad después de un determinado período. Y la crítica de los que se oponen al instituto penal introducido por la Ley utilizan la misma idea para oponerse a él, defendiendo que una pena privativa de libertad de más de 15 años imposibilita el retorno del penado a la sociedad en condiciones de dignidad y, por eso, ofende al principio resocializador de la pena.

El posicionamiento en uno u otro sentido, en favor o en contra de la Ley, dependerá del sentido de la idea resocializadora que se invoque: si la idea significa la preservación del horizonte de libertad o se significa que el penado debe salir de la prisión en íntegras condiciones físicas y psicológicas que le permita vivir en sociedad.

El problema es anterior a la propia Ley. No es que la Ley deba o no ser aceptada. Es que se fundamenta en una idea que ya demostró su incapacidad de servir de base al desarrollo de la Dogmática Penal. Es un ladrillo de arena, una tabla que se somerge muy fácilmente y no sirve de fundamento sólido para el desarrollo del Derecho Penal.

La idea resocializadora de la pena siempre se ha desarrollado alrededor de una sola concepción: la de que el condenado es un incapacitado, un enfermo, un necesitado de corrección. Las soluciones propuestas a ese problema son muy variadas, con múltiples sentidos y significado y sólo coinciden en mirar al problema desde la perspectiva de que la pena no signifique la “exclusión social” del penado. Son argumentos retóricos de fondo ideológico porque los hechos nos informan que el crimen tiene consecuencias graves también hacia la víctima y la sociedad. El marco de referencia es la exclusiva salvaguarda de la libertad del sujeto que delinquiró.

Y esa salvaguarda todavía no ha podido explicarse ni legitimarse, guarda siempre la posibilidad de constituirse en una intromisión y aniquilación de la idea de libertad y libre desarrollo de la personalidad que en un principio se quiso preservar.

La idea resocializadora de la pena come a sus propios hijos, porque aniquila la propia libertad que pretende proteger, no es capaz de establecer un límite seguro de intervención en el sujeto que delinquiró. Se puede sentir el soplo de la idea toda vez que se sale de un límite seguro de enmarcación temporal objetiva de la condena penal para entrar en “pronósticos favorables”, que presupone la necesidad impuesta desde fuera de “transformación” del indigitado reo.

Por ese motivo, pensamos que el establecimiento de un contenido racional positivo predeterminado a la ejecución penal debe volverse al establecimiento de criterios objetivos como condiciones de la progresividad del régimen penitenciario, criterios objetivos que la *resocialización* echa en falta.

No criterios objetivos vacíos entendidos como una simple cuenta aritmética responsable por conceder beneficios según vaya pasando el tiempo de la condena, tampoco criterios objetivos que se traduzcan en la posibilidades concretas de auxiliar el penado en la superación de una conducta desviada que le llevaba a autodestrucción individual y social. Los criterios objetivos deben guardar una correlación con el sentido del Derecho Penal: la asunción de la responsabilidad por las consecuencias negativas producida en la vida de los demás y de la sociedad.

Una vez definida la responsabilidad penal en la sentencia, para el próximo momento de aplicación de la ley penal – la ejecución penal- se parte del supuesto de que el culpable podría haber actuado de modo distinto a lo que actuó, podría haber elegido actuar respetando el Derecho sin violar cualquier bien jurídico ajeno. Por ese motivo, la *reeducción y reinserción social* (art. 25.2 de la Constitución española) no podrá ser interpretada como una orientación que importe en el reconocimiento de la incapacidad del reo de autodeterminarse, como si fuera el Estado el que tuviera que “arreglarlo”.

La responsabilidad por el hecho delictivo, reconocido por la sentencia penal, deberá ser también no solo reconocida como demostrable por el reo. Si antes el Estado hubo que probar la existencia de las condiciones que autorizaban la imposición de una pena, ahora incumbe al culpable demostrar, por intermedio de actitudes reales que evidencien su arrepentimiento, la asunción de la responsabilidad de la autoría delictiva con todas sus consecuencias.

Así, la *resocialización* no debe ser una vía de escape para el coronamiento de la irresponsabilidad por el hecho criminal. Solo existirá verdaderamente en la medida que camine de manos dadas con la responsabilidad penal, porque si de un lado existe el interés de protección de las garantías del individuo, del otro igualmente debe ser observado el interés de protección de la víctima y de lo colectivo.

Un condenado que, por ejemplo, haya podido reparar el daño y no lo ha hecho, evidentemente, no puede ser considerado apto para volver a la convivencia social, aunque presente el mejor comportamiento de la cárcel. El preso que, pudiendo, no quiso trabajar en la prisión - y tener la posibilidad de generar recursos materiales para el pago de la reparación del daño a la víctima, por ejemplo-, tampoco está apto a vivir en sociedad en donde todo se debe conseguir a través del esfuerzo y del desarrollo de las capacidades personales que promueven el trabajo.

Un *desideratum* orientador del cumplimiento de penas, aplicado a la persona condenada no debe pretender, educarla, corregirla, doctrinarla. Eso ya no es posible en la coyuntura política actual. Debe servir para confirmar la necesidad de hacer el ser humano responsable de sus actos, señor de su destino y no un “muñeco modelable” que reside fuera de sí mismo. El ser humano no es capaz de ampliarse, de ser mejor de lo que fue, más solidario, más capaz de ponerse en el sitio de los demás, más sensible al sufrimiento ajeno, sin asumir la responsabilidad por sus propias decisiones.

Se argumentará que la dureza del propio sistema prisional le impedirá de hacerlo. No obstante, es ese tipo de argumento el que impide una actitud de responsabilidad personal. Mientras sus decisiones estén justificadas por el medio social en el que vivió no podrá asumir el protagonismo de su

vida. Si las circunstancias sociales, con todas sus contradicciones, incluso la nocividad del ambiente carcelario, sirven como disculpa de sus acciones destructivas ciertamente irá a peor y podrá volver a la libertad pero, realmente, no habrá aprendido nada de sus actos, ni habrá podido conferir un sentido a través de lo cual pueda reconocer su valor íntimo, a pesar de su error.

En el mundo jurídico en donde la responsabilidad es el norte no hay *justos* ni *pecadores* en un sentido definitivo. Hay individuos comunes que deben cada uno pagar por sus propios errores en la medida más justa posible. Y la medida más justa posible es resultado de una inclinación madura y razonable. No atiende a un posible reclamo de venganza desmedida de la víctima, pero tampoco menosprecia su dolor. No encarcela el criminal en un arquetipo desde donde es imposible salir, pero tampoco olvida el daño que causó, confiriéndole oportunidades concretas de repararlo.

El “sí” a la función preventiva especial de la pena- y no a una declaración de fondo meramente ideológico como es la idea resocializadora de la pena- ya no puede ser cuestionado porque llegamos a un grado de sensibilidad ética que ya nos permite que la ejecución de la pena sea una secuencia de torturas psicológicas y físicas direccionadas al condenado. No obstante, no se puede visualizar otro sentido legitimador de la pena, en términos de prevención especial que no pase por su armonización con el Derecho Penal, que demanda una responsabilización individual por el hecho y también la individual asunción de sus consecuencias negativas. Si no es así, la prevención especial se pierde en un sin número de teorías abstractas, llenas de bellas intenciones, pero justificadoras de la irresponsabilidad humana individual.

La culpabilidad colectiva por el hecho criminal no es jurídicamente defendible considerando la infinitud de factores que influyen para la su concreción. Sin embargo, la culpabilidad individual si es defendible, debido a que el hecho criminal solo puede existir a través de un autor. Por ese motivo solo las prácticas penitenciarias favorables a la asunción de la responsabilidad por el autor, del hecho criminal y sus consecuencias, están en condiciones de conferir una unidad de sentido al Derecho Penal y un contenido material a la ejecución penitenciaria.

Hay que evitarse la manipulación ideológica de la ciencia del Derecho Penal. Hay que suprimirse la utilización de una de las funciones del moderno Derecho Penal (la prevención especial) como bandera ideológica, idea abstracta de imposición genérica, indiscriminada e inevitable del Derecho Penal, en cuanto la práctica penal nos enseña que hay personas condenadas por una sentencia penal y que no necesitan de cualquier tratamiento y otras, hasta el momento, incurables. Sin embargo, la pena debe ser impuesta porque si fuera dispensada en esos casos significaría el establecimiento de zonas de no incidencia de la norma penal en función de cualidades personales del individuo, una injusticia obvia.

Es imperioso volverse a los sólidos fundamentos de la ciencia del Derecho Penal. La idea resocializadora de la pena no ha podido llegar a un grado de objetividad que la pudiera tornar defendible, sigue siendo una mera opinión incapaz de ser comprendida objetivamente.



## **CAPÍTULO TERCERO**

### **La Resocialización en la Ciencia Criminológica**

## CAPÍTULO TERCERO

### La Resocialización en la Ciencia Criminológica

#### 1. Consideraciones iniciales

El problema penal no puede ser comprendido ignorándose la realidad de la ejecución penal. Aunque poca atención haya tenido la investigación sobre el cumplimiento de penas, mientras se multiplican manuales sobre la teoría del delito, es imprescindible la necesidad de profundizar en su estudio, como ha puesto de relieve GIMENEZ-SALINAS i COLOMER <sup>175</sup>. Más todavía: hay una necesidad de conferir a la ejecución penal una unidad de sentido con el Derecho Penal.

Desde que la prisión pasó a ser identificada con la punición estatal misma y la libertad individual un derecho oponible al Estado, surgió el problema teórico práctico originado del hecho de existir un contingente de personas, titulares de todos los derechos compatibles con la restricción de libertad, cumpliendo una condena penal durante un lapso temporal determinado, fenómeno con el que la Justicia Penal viene debatiéndose, debido básicamente a las tensiones diarias que genera.

Fue enfatizado que el Derecho, en cuanto ciencia normativa, tiene como objeto de estudio la norma jurídica. Tras haber analizado

---

<sup>175</sup> (...) el grado de desarrollo alcanzado por la teoría del delito por la teoría del delito no tiene parragón alguno con la teoría de la pena, por no hablar ya de la escasa atención que se ha prestado a la ejecución. El propio Roxin, en su ya famoso artículo sobre los últimos desarrollos de la política criminal, ponía el dedo en la llaga sobre este tema, e insistía en las necesidades políticas criminales que desempeñan un mayor estudio de las cuestiones penológicas. Pero la realidad a la que debemos atenernos es que mientras proliferan los manuales de Derecho Penal, apenas existen los de Derecho Penitenciario. Muchas son las razones que podrían explicar esa ausencia, desde las más científicas a las más prácticas (por ejemplo, el hecho de que el Derecho Penitenciario a lo sumo es una optativa en muchas facultades). Pero lo que hoy nos importa es destacar la necesidad de profundizar en su estudio, ya que es precisamente en la ejecución penal donde se concentran los problemas derivados de la comisión de la infracción penal. Los fines de la pena por ejemplo solo pueden ser enteramente comprendidos desde la óptica del Derecho Penitenciario. A diferencia de otros países en España no se estudia conjuntamente el derecho Penal con el Proceso Penal y con el penitenciario, lo que indiscutiblemente nos lleva a un empobrecimiento sesgado de la comprensión del problema penal”, in GIMENEZ SALINAS i COLOMER, E., *Autonomía del derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 69.

diferentes aspectos de la norma prevista en el art. 25.2 de la Constitución Española y considerando la necesidad de conferir una unidad de sentido al Derecho, la ejecución de la pena no podrá olvidar algunos supuestos normativos previos, que deberá servirle de direccionamiento.

Partiendo del supuesto normativo que garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la idea resocializadora no puede ser confundida con un lavado cerebral, una “re personalización” o una conversión moral a determinada ideología.

En otro sentido, una vez definida la responsabilidad penal en la sentencia, se da por seguro el supuesto de que el culpable podría haber actuado de modo distinto a lo que actuó, podría haber elegido actuar respetando el Derecho sin violar cualquier bien jurídico ajeno. Así, la *reeducación y la reinserción social* (art. 25.2 de la Constitución española) no podrá ser interpretada como una orientación que importe en el reconocimiento de la incapacidad del reo de autodeterminarse, como si fuera el Estado el que tuviera que “recuperarle”.

La responsabilidad por el hecho delictivo, reconocido por la sentencia penal, deberá ser también no solo reconocida como demostrable por el reo. Si antes el Estado hubo que probar la existencia de las condiciones que autorizaban la imposición de una pena, ahora será el culpable el que debe demostrar, por intermedio de actitudes reales que evidencien su arrepentimiento, la asunción de la responsabilidad de la autoría delictiva con todas sus consecuencias.

Además, tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que la “reinserción social” no constituye la finalidad exclusiva de la pena. La institución penal reúne diversas finalidades a depender del momento de la aplicación de la ley penal y el fin de preparar el retorno del condenado a la libertad no es la única razón de ser de la institución penal porque esta no se resume a la ejecución de la pena. Tampoco la única responsabilidad de las instituciones penitenciarias es la *resocialización* del penado, también lo es la necesidad de hacer efectivas las condenas penales y la custodia y detención de los mismos durante el periodo establecido en la sentencia criminal.

En el mundo jurídico, ciencia del deber-ser, la responsabilidad es el norte. Aquí no hay “justos” ni “pecadores” en un sentido definitivo. Así, la resocialización no puede pretender educar, corregir o doctrinar desde cualquier perspectiva ideológica. Existen si individuos normales que deben cada uno pagar personal e individualmente por sus errores de la manera más justa y proporcionada posible. La resocialización no puede ser una vía de escape para el coronamiento de la irresponsabilidad por el hecho criminal.

¿Y el mundo empírico de la realidad de las ejecuciones penales, que es uno de los tantos objetos de estudio de la criminología, de qué manera se relaciona con el deber ser? Es posible establecer un punto de comunicación entre el mundo de las “togas negras” y el mundo de las “batas blancas”?

## 2. Surgimiento y desarrollo histórico

Para entender el actual estadio de desarrollo de la Criminología, necesario es volverse la mirada a su origen histórico como Ciencia.

Dentro de la perspectiva histórico criminológica, GARCÍA-PABLOS identifica dos etapas dentro del marco de desarrollo histórico de la criminología: una etapa pre científica, formada por el pensamiento crítico de los clásicos y por pioneros estudios sobre el Penitenciarismo, la Fisionomía, la Frenología, la Psiquiatría, la Antropología y la Estadística Moral o Escuela Cartográfica; y una etapa científica formada por la Escuela Positiva Y Escuelas intermedias y ambientales.<sup>176</sup>

El crimen siempre ha constituido una preocupación de todas las sociedades, sin embargo es la ausencia de una dimensión sistemática que impide reconocer una ciencia criminológica antes de la escuela clásica.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, p. 237/276.

<sup>177</sup> Vid. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge y DA COSTA ANDRADE, Manuel, Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena, 1ª. Edición, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 6.

Dentro del marco histórico de la criminología, es posible vislumbrar el desplazamiento de su objeto de estudio por distintas áreas del conocimiento científico: la Biología, la Psiquiatría, la Sociología, hecho que, como veremos a seguir, fue contribuyendo para configurarla, modernamente, como una ciencia empírica e interdisciplinar.

## 2.1. Etapa pre científica

La etapa pre científica de la criminología se caracteriza sobre todo por la ausencia de una averiguación empírica de sus postulados, los cuales encontraban fuerte acogida en principios de Derecho Natural, en las creencias populares y en el sentido común, pero carecían del llamado rigor científico, caracterizado por la adopción de un método positivo experimental

<sup>178</sup>.

### 2.1.1. Escuela Clásica

Las teorías clásicas, en general, creada por juristas, se originaron de la necesidad de establecer los marcos teóricos en los cuales debería estar fundamentada la nueva sociedad que se intentaba formar después de la revolución francesa, a finales del siglo XVIII, inspirada en ideales racionalistas. La expone, resumidamente, MOLINÉ:

- a) cambios demográficos: se produce un traslado del campo a la ciudad y en consecuencia el inicio de la creación de las grandes urbes, las cuales con su densidad y heterogeneidad favorecen el anonimato y deterioran los controles informales previamente existentes en las comunidades locales.
- b) Cambios económicos: se consuma el viraje de una economía feudal, con sus complejas relaciones de vasallaje, a un sistema económico

---

<sup>178</sup> Otros autores también enfatizan el largo pasado precientífico de la criminología. Vid. SALOMÃO SHECAIRA, S., *Criminologia*, 5ª. Edición rev., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p.70: (...) *si es verdad que como ciencia la criminología posee una corta historia, no es menos verdad que tenga un largo pasado -o prehistoria- o todavía una larga etapa precientífica*. Vid. también MALAGUTI BATISTA, V., *Introdução crítica a Criminologia brasileira*, 2ª. Edición, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2012, p.32, quien asocia el origen del discurso criminológico al discurso de la Inquisición.

industrial y capitalista. En este nuevo sistema económico las relaciones laborales se basan en el intercambio de trabajo por un salario, lo cual contribuye a la creación de la persona como un individuo aislado, autónomo y socialmente móvil.

- c) Cambios políticos: el proceso de formación del Estado-nación favorece la concentración de poder en una autoridad centralizada que absorbe el poder disperso existente en las comunidades locales de los gremios, autoridades locales, iglesia o clanes.
- d) Cambios religiosos: a reofirma protestante facilita el proceso de secularización al poner en cuestión la autoridad del Papa y los principios religiosos, hasta el momento incuestionables, que chocaban con las necesidades del nuevo orden. La religión dejó de ser la medida de toda conducta.<sup>179</sup>

Ninguna seguridad ofrecía el sistema penal del antiguo régimen, como observa SERRANO MAÍLLO, *en su conjunto, pues, el sistema jurídico-penal en el siglo dieciocho era poco humano y racional: con una gran inseguridad jurídica; unos procedimientos judiciales ilógicos, lo mismo que el sistema de prueba; penas severas y desproporcionadas; y por último ineficaz en la prevención del delito.*<sup>180</sup>

El crimen fue concebido como una conducta irracional del ser humano que al haber hecho un mal uso de su libertad no supo escoger lo que realmente le interesaba para la posibilitar una vida socialmente equilibrada. No hay diferencia entre los individuos, todo ser humano es racionalmente libre y la sociedad, por tanto un conjunto de individuos cualitativamente iguales, racionales y libres que pactaran la cesión de parte de su libertad en cambio de leyes que les sirviesen de orden. No ve cualquier sentido en la referencia a la personalidad del autor, ni a su entorno o a las circunstancias sociales: en la visión clásica, la contradicción con la norma jurídica es suficiente para dar sentido al crimen.

Para los clásicos, el Derecho Penal es el único instrumento de combate contra el crimen, consistiendo en un sistema dogmático cuyos dogmas derivan de los principios naturales del Derecho, de donde se originan

---

<sup>179</sup> Vid. MOLINÉ, José Cid et. al., *Teorías Criminológicas – Explicación y prevención de la delincuencia*, 1ª. edición, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2001, p.34.

<sup>180</sup> Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, ob. cit., p. 94.

las restantes concepciones, esencialmente abstractas y racionalistas, resultado de la utilización de un método formal, abstracto y deductivo.

La teoría clásica, aunque haya triunfado en la tarea de establecer un Derecho Penal acorde a los nuevos tiempos, se mostraba ineficaz para combatir la criminalidad. Aprovechándose de ésta deficiencia, así como al desconocimiento de la realidad por parte de las teorías clásicas y al empuje de las incipientes ciencias naturales, una otra mirada, de carácter empírico, pasa a ser utilizada, de forma fragmentaria por especialistas de distintas procedencias (Penitenciarismo, la Fisionomía, la Frenología, la Psiquiatría, la Antropología y la Estadística Moral o Escuela Cartográfica) las cuales defendían el método científico, positivo, de observación empírica, inducción y formulación de leyes generales y verificables, y la creencia de que este método se podía reproducir para el estudio del comportamiento de los seres humanos.

ANYAR DE CASTRO sostiene que, en realidad la escuela clásica de Derecho Penal es ella misma una forma de control social utilizada para legitimar un nuevo orden establecido- el orden burgués. En ese sentido la escuela clásica no sería pré-criminológica, sino la propia criminología entendida como un trabajo ideologizante de las ciencias humanas y sociales que dentro de una sociedad opera de manera informal.<sup>181</sup> Para ella, es la criminología lo que siempre existe y existió, tomando forma de ideologías inherentes a la esencia de todo grupo social. Tal entendimiento resultará

---

<sup>181</sup> *Gracias a Marx, que toma el momento del surgimiento de la burguesía en la sociedad feudal como modelo de desarrollo de clase y de conciencia de clase, fue posible entender la aparición de ideologías concretas en la historia. Es así que se empieza a verificar que la escuela clásica de derecho penal no es precriminológica sino que es ella misma una criminología administrativa y legal, una forma de control social fundada en un nuevo orden establecido (por utilizarse el concepto weberiano) por la vía de la dominación legal. Ella representó la ideología de una nueva sociedad que pretendía liberarse del poder absoluto feudal o monárquico y establecer, la nueva racionalidad de un libre intercambio de mercaderías, el reino del derecho privado, es decir, de la voluntad de las partes, también en el derecho penal de la misma manera como ocurría en el mundo de la economía. Su finalidad era garantizar que hubiera un mínimo de intervención estatal. Lo importante era proteger los individuos del poder del Estado, controlar lo máximo éste poder, privatizando lo máximo posible las relaciones jurídicas. El derecho constituye "las reglas del juego de la paz burguesa", en palabras de Arnaud. La función de esa criminología puede ser resumida en los siguientes pasos, más ampliamente descritos por Pavarini: contrato social=>monopolio de la violencia en las manos del príncipe (definidor exclusivo de lo permitido y de lo prohibido, y por lo tanto de los valores básicos supuestamente consensuales del sistema);=>principio de legalidad (en realidad selección clasista de los ilegalismos); irretroactividad de la ley (Para la seguridad del mercado); codificación sistémica para evitar contradicciones en la ley; =>interpretación disciplinada de la ley (con los mismos fines); presunción de ilegalidad entre las partes de la relación jurídica (no coincidente con lo social concreto). Vid. ANYAR DE CASTRO, L., Criminología da Liberdade, s/n edición, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2005, pp. 69/70, traducción libre.*

extraño a una visión tradicionalista que identifica los controles penales con el sistema formal de control social, pero lo que la autora quiere decir es que incluso los controles “aparentemente formales” están cargados de ideología, como ocurrió con la escuela del pensamiento clásico.

### 2.1.2. Penitenciarismo

En 1777, HOWARD (1726-1790) publica su *The state of prisons in England and Wales, with preliminary observations and an account of some foreign prisons and hospitals*, en el que describe las pésimas condiciones en las que se encontraban las cárceles y los hospicios ingleses a la época, denunciando las enfermedades, el hacinamiento, la inseguridad, además de destacar la prisión como un lugar de extorsiones y corrupción potencialmente dañina para el desarrollo del carácter moral de los presos. Como alternativa, el gobierno inglés vuelve a utilizar un antiguo procedimiento de deportación de los condenados para las colonias que, una vez independizados los Estados Unidos, ahora serían mandados a Australia<sup>182</sup>.

BENTHAN (1748-1832) presenta su modelo de prisión denominado Panóptico, como alternativa para la solución de los problemas que enfrentaba el sistema penitenciario inglés<sup>183</sup>. Ahí estaban lanzadas las semillas de la ciencia penitenciaria.

“ (...) en la periferia una construcción en forma de anillo; en el centro una torre, ésta con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción, tiene dos ventanas, una que da al interior correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra, que da al exterior, permite que la luz atravesase la celda de una parte a otra.

---

<sup>182</sup> En 1786, un orden del gobierno decide el envío de embarcaciones a Australia. En 1787, once embarcaciones, con 575 hombres, 192 mujeres e 18 niños son enviados a Botany Bay. Vid en PERROT, Michelle. *O inspetor Bentham*. In: **O Panoptico**. SILVA, Tomaz Tadeu (org.), s/ edición, Belo Horizonte. Ed. Autentica, 2000, p.119.

<sup>183</sup> Cfr. BENTHAN, J., *El Panóptico*, s/n edición, Madrid, Ed. La Piqueta, 1979.



Basta entonces situar un vigilante en torre central y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un escolar...”<sup>184</sup>

En el sistema idealizado del panóptico, toda la fuerza se encuentra en el control psicológico provocado por la certeza de estar siendo uno mismo vigilado ininterrumpidamente.<sup>185</sup>

Otros sistemas penitenciarios fueron también idealizados e implantados en las colonias inglesas de Norteamérica para, después, ser adoptados con diferentes variaciones en algunos países europeos.

El sistema Filadélfico o celular, que surgió en el estado norteamericano de Pensilvania en el siglo XVIII y bajo la influencia de los cuáqueros, grupo religioso que predicaba la no violencia, consistía básicamente en pretender corregir el delincuente por intermedio de su aislamiento, donde tendría una oportunidad para arrepentirse del mal practicado.

El de Auburn, desarrollado, a partir de 1823, en la prisión del mismo nombre en el estado de Nueva York, el que puede ser considerado un sistema mixto con el anterior, ya que, aún existiendo aislamiento celular, éste se producía solo durante las noches y durante el día se permitía el trabajo en común de los internos.

---

<sup>184</sup> Vid. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión*, 1ª. Edición española, Madrid, Ed. Siglo XXI, 1979, trad. Por Aurelio Garzón del Camino, décimo sexta reimpresión, 2009, p. 203/204. Para el autor, el “Panóptico” fue idealizado por BENTHAM para garantizar un progreso social infinito basado en el uso de la razón. Un sistema social perfecto, en donde todos los individuos pudieran participar de un modelo integrado de producción vigilada y así emplear el máximo de sus fuerzas en favor de todos. No opera en los individuos como una fuerza ostensible localizada en un Agente de Poder, que les impone la acción, sino por intermedio de un juego anónimo de miradas que desvela cada acción, la observa, registra, cuantifica, clasifica, produce informaciones que se entrecruzan, distribuye espacios y funciones como resultado de la observación y después, en consecuencia de la permanente vigilancia, vuelve a distribuir, estableciendo rangos, recompensa concediendo puestos, penaliza haciendo retroceder.

<sup>185</sup> Véase, DOMÍNGUEZ CERESO, Ana Isabel y GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *La Prisión en España... ob.cit., pág. 09*, quienes apuntan que el modelo panóptico diseñado por Bentham no alcanzó éxito como sistema de cumplimiento, salvo algunos intentos aislados y de la influencia de algunas de sus propuestas en materia de arquitectura penitenciaria.

Y, finalmente, el reformador progresivo, cuya semilla fue el trabajo realizado por el Coronel Montesinos en el Presidio de Valencia, a finales del siglo XIX, con la preocupación de inspirar a los internos los valores morales de lenidad y amor al trabajo, les concedía beneficios compatibles con su comportamiento, mejorando la situación del interno a medida que le quedase menos tiempo de condena por cumplir.

### 2.1.3. Fisionomía

En el ámbito de la Fisionomía se destacan DELLA PORTA (1535-1616)<sup>186</sup> y LAVATER (1741-1801)<sup>187</sup>. La idea básica en la que se funda es un anticipo de la idea lombrosiana de que el criminal puede ser identificado a través de marcas físicas. La belleza y la fealdad físicas constituían reflejos de su naturaleza moral. El primero un artista italiano, el segundo teólogo suizo coinciden en describir unos caracteres fisionómicos que coincidían con caracteres de criminales, enumerando detalles físicos presentes en sus cabezas, orejas, nariz, frente, etc.

En la praxis forense del siglo XVIII se tornó conocido el edicto de Valerio, cuya utilización se atribuye a un Juez napolitano, el marqués de Moscardi, que consistía en la siguiente regla “cuando tengas dudas entre dos presuntos culpables, condena el más feo”.<sup>188</sup>

Los criterios en aquél entonces establecidos no eran sometidos a una averiguación empírica de rigor científico- adopción de un método positivo experimental, pero si encontraban fuerte acogida en las creencias

---

<sup>186</sup> Cfr. DELLA PORTA, Della fisionomia dell'hvomo, Pádua, 1620. El autor italiano, artista, elaboró una auténtica técnica de la observación, poniendo especial énfasis en el estudio de la expresión corporal: ojos, risa, llanto, etc. Algunos caracteres somáticos, a su juicio, tendrían relevancia criminógena, como por ejemplo, anomalías en la cabeza, frente, orejas, nariz, etc.

<sup>187</sup> Cfr. LAVATER, J. C., L'art de connaitre les hommes par la physionomie, Paris, 1820. Para él, la naturaleza es pura fisionomía, Todo cuanto sucede en el alma del hombre, se manifiesta en su rostro: la belleza o fealdad de éste se manifiesta con la bondad o maldad de aquella.

<sup>188</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 413.

populares y no hace que dejen de constituir formas rudimentares de lo que vendría a ser la criminología científica.

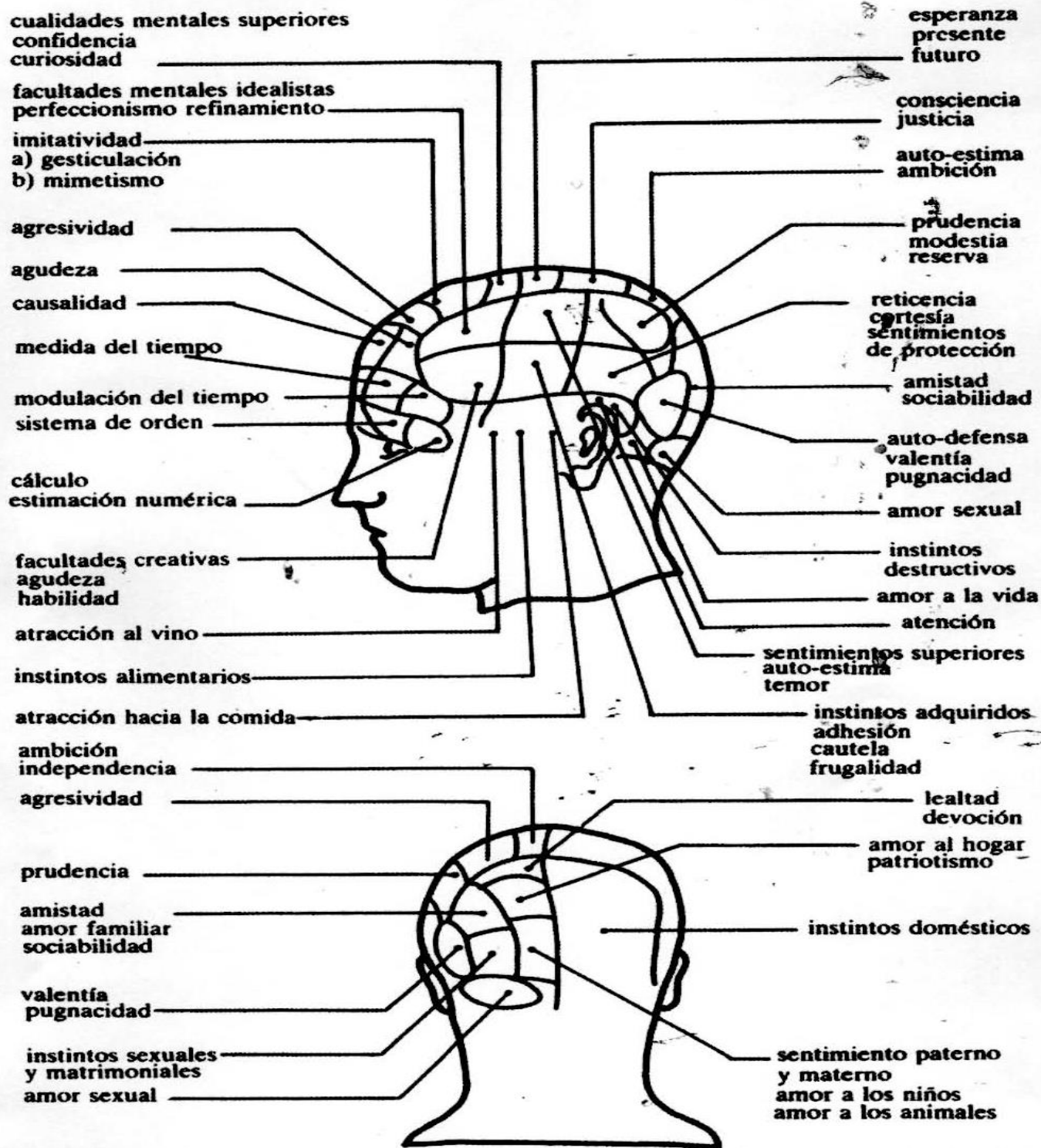
#### 2.1.4. Frenología

La frenología sostenía la idea fundamental de que la causa del comportamiento criminal se encontraba en determinados puntos cerebrales: conociéndose al cráneo puede llegarse a conocerse las claves del comportamiento humano, incluso el delictivo. Así, sus principales representantes se ocuparon de la confección de mapas cerebrales que identificaban las regiones responsables por determinados tipos de comportamientos.<sup>189</sup>

Como se observa del análisis de los enunciados teóricos de la frenología, esta puede ser considerada un antepasado de la moderna ciencia neurológica, que hoy se ocupa de una identificación- cada vez más precisa en función del desarrollo tecnológico- de las áreas cerebrales que influyen en los más variados comportamientos humanos, incluso en el criminal.

---

<sup>189</sup> Los principales representantes de la Frenología son GALL (1758-1828), SPURZHEIM (1776-1832), LAUVERGNE (1797-1859) y CUBÍ Y SOLER (1801-1875). Sin embargo, éste último autor fue uno de los pocos que partió para la observación empírica con la realización de trabajos de campo. *La aportación más significativa de CUBÍ Y SOLER reside en el ámbito metodológico, ya que fue uno de los pocos autores que utilizó un método positivo experimental, llegando a realizar incluso meritorios trabajos de campo en determinadas comarcas en las que se apreciaban elevadas tasas de bocio e imbecilidad. CUBÍ Y SOLER consideraba al delincuente como un enfermo necesitado de tratamiento. Optando, en términos político-criminales, por fórmulas claramente preventivistas, como buen frenólogo, trató de localizar en diversos lugares del cerebro las facultades y potencias del ser humano, incluidas las criminales. Y anticipó planteamientos genuinamente antropológicos al asociar el delincuente "nato", con el denominado "tipo hipoevolutivo".* Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob.cit. p. 423.



<sup>190</sup> Mapa frenológico de GALL, Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 417.

### 2.1.5. Psiquiatría

Cuando surgen los primeros estudios científicos sobre la psique humana, el desafío más grande para los que a ellos se dedicaban fue enfrentarse con las convicciones populares que atribuían a la locura un origen demoníaco, caracterizándole como un fenómeno provocado por fuerzas sobrenaturales extrañas, sobre las cuales era imposible cualquier tipo de intervención racionalmente conducida.

El objetivo de las investigaciones era evitar que se produjeran rigores inútiles, desterrando los mitos que existían alrededor de las enfermedades mentales, tornando posible el diagnóstico y el tratamiento de esas enfermedades, como también que se distinguiera entre criminales y enfermos mentales.

Los estudiosos de la época alcuñaron las primeras categorías psiquiátricas, su aparato conceptual, haciendo surgir las primeras teorías.<sup>191</sup> desvelando un nuevo campo de investigación que pretendía producir un conocimiento científico sobre el crimen y los criminales, objetiva y empíricamente demostrable.

PINEL (1745-1826), médico francés, se tornó conocido por su obra científica y humanitaria, fundando asilos para acogimiento de los enajenados calificados socialmente como “locos”. Su propuesta era demostrar que todas las manifestaciones de locura no eran iguales, ni iguales su origen y tratamiento.<sup>192</sup>

ESQUIROL (1772-1840), discípulo de PINEL estudió las locuras parciales, denominadas “manías”, distinguiendo tres de ellas: afectivas,

---

<sup>191</sup> Los nombres más reconocidos de la Psiquiatría, que se revelaron a lo largo del siglo XIX- PINEL (1745-1826), ESQUIROL (1772-1840), PRICHARD (1786-1848), DESPINE (1812-1892) y MOREL (1809-1873), Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 417.

<sup>192</sup> Cfr. PINEL, P., *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*, Paris, 1800.

intelectivas e instintivas.<sup>193</sup> PRICHARD, psiquiatra inglés<sup>194</sup>, y DESPINE<sup>195</sup>, psiquiatra francés, desarrollaron el concepto de “locura moral”, un tipo de personalidad desprovista de libre albedrío, sin cualquier apertura al mundo de los valores éticos y por tanto carente de afectos y sentimientos naturales.

Por último, MOREL, médico alemán educado en Francia, sostenía que lo que explicaba los trastornos detectados en los delincuentes y locos eran unas degeneraciones físicas y psíquicas capaces de ser identificadas. Para él, por tanto, crimen locura y degeneración son tres realidades que van unidas de un modo significativo.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> Cfr. ESQUIROL, E., *Memorias sobre la locura y sus variedades*, s/n edición, Madrid, Ed. Dorsa, 1991, traducción de Carmen Gayo.

<sup>194</sup> Cfr. PRICHARD, *Treatise on insanity and others disorders affecting the mind*, London, 1835.

<sup>195</sup> Cfr. DESPINE, P. *Psychologie naturelle. Étude sur les facultés intellectuelles et morales dans leur état normal et dans leur manifestations anormales chez les aliénés et chez les criminels*, Paris, 1868.

<sup>196</sup> Cfr. MOREL, B., *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, Paris, 1857.

### 2.1.6. Antropología

En el mismo impulso racionalista del siglo XIX, la Antropología surge como una ciencia que se interesa por el estudio del ser humano, tanto como una realidad biológica como social. Siendo el crimen una realidad humana, los antropólogos también por esta realidad se interesaron, emitiendo sus propios diagnósticos sobre lo que, para ellos, significaba el individuo que transgredían las reglas sociales.<sup>197</sup>

*Que la Antropología criminal demuestra con hechos que el delincuente no es un hombre normal, sino que constituye una clase especial que, por anomalías orgánicas o físicas, representa, en parte, en las sociedades modernas, las primitivas razas salvajes, en las que las ideas y los sentimientos morales, si existen, es en embrión*<sup>198</sup>.

Es fácil observar la influencia que recibió la Antropología de la teoría evolucionista de Charles DARWIN (1809-1882)<sup>199</sup>, naturalista inglés, según la cual el ser humano era una especie que seguía su curso evolutivo sometido a unas leyes naturales que se aplicaban de una manera indistinta tanto a él como a las demás especies, desplazándole de la posición de protagonista del universo, y dentro de esa concepción, el criminal se clasificaba como una especie atávica, propensa a la involución, cuyas características del cuerpo y de la mente le califican como una especie de subhombre.

---

<sup>197</sup> Según GARCÍA PABLOS, *la Antropología aparece estrechamente unida a los orígenes de la criminología, destacando los estudios sobre cráneos de asesinos de BROCA o WILSON y las investigaciones de THOMPSON sobre numerosos reclusos. Abonan todas ellas la tesis de NICHOLSON de que el criminal es una variedad mórbida de la especie humana. Debe mencionarse también a LUCAS (1805-1885), quien enuncia el concepto de atavismo; y a VIRGILIO, quien dos años antes que LOMBROSO utiliza el término de "criminal nato", a DALLY (1833-1887); MAUDSLEY (1835-1918); MANOUVRIER (1180-1927); QUATREFAGES (1810-1892) y otros. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob.cit. p. 245/246.*

<sup>198</sup> Cfr. FERRI, E, *Nuevos Horizonte del Derecho y del Procedimiento Penal*, Góngora Ed., Madrid, 1887, pp. 4 y ss., versión castellana de Pérez Oliva.

<sup>199</sup> Cfr. DARWIN, C., *El origen de las especies*, 1ª. edición, Barcelona, Planeta-Agostini, 1985, traducción de José P. Marco.

### 2.1.7. Estadística Moral o Escuela Cartográfica

Un conjunto de circunstancias sociales presentes en Europa de comienzos del siglo XIX contribuyeron al desarrollo de la Estadística Moral o Escuela Cartográfica: la desorganización social provocada por la caída del antiguo régimen, el aumento de la criminalidad, la construcción del nuevo modelo centralizado de Estado, el desarrollo de los censos de población y de los registros civiles.

En ese contexto, la Estadística surge como ciencia que se propone a analizar y explicar de otro modo la inquietante desorganización social y forneciendo los datos empíricos, auxiliar en la adopción de medidas capaces de restablecer el bienestar social y moral de la sociedad.

Nace un nuevo enfoque del problema criminal, favorecido también por la identificación del paradigma científico con los métodos estadísticos y cuantitativos: el crimen deja de ser visto en su dimensión individual y humana y pasa a ser considerado un hecho social como todos los demás y por tanto sometido a unas leyes naturales de causa y efecto que hacían del mismo una magnitud constante y regular. El problema de la libertad humana era algo subjetivo que no interesaba a la estadística.

Se destacan QUETELET (1797-1894)<sup>200</sup>, matemático belga, que, partiendo de la hipótesis de que los hechos humanos son regidos por leyes naturales y, con la utilización del método estadístico, afirmó que la solución del problema criminal estaba en el conocimiento de las leyes que rigen aquél fenómeno, lo que posibilitaría predecir el número y la clase de eventos criminales que se verificarían en una determinada época social. GUERRY

---

<sup>200</sup> Cfr. QUETELET, L.A., *Sur l'homme et le development de ses facultés, ou Essai de physique social*, Paris, 1835; Del mismo autor: *Recherches sur le penchant au crime aux différent âges*, Paris, 1831; y, del mismo autor, *"Du systeme social et de lois qui le regissent"*, Paris, 1848.



(1802-1866)<sup>201</sup>, francés, resalta la importancia de los factores geográficos y climatológicos.<sup>202</sup>

Todas las hipótesis científicas propuestas en aquél entonces y el perfeccionamiento del método estadístico, sirvieron de base al desarrollo de la Sociología criminal, cuyo avance se verificó de un modo más latente en Estados Unidos, en donde surgen las tesis ambientalistas como las de la Escuela de Chicago.

## 2.2. Etapa científica

Con la generalización del método empírico inductivo llevado a cabo por la Escuela Positivista criminológica, empieza la etapa estrictamente científica de la criminología. En su avance, se asiste a una paulatina aportación de los conocimientos médicos, biológicos, psicológicos, que va formando su carácter de ciencia multidisciplinaria.

### 2.2.1. Escuela Positiva criminológica: Lombroso (1835-1909), Ferri (1856-1929) y Garófalo (1852-1934)

La Escuela positiva criminológica nació en Italia, en el siglo XIX, siglo de grandes transformaciones en el campo político y económico.

El impulso práctico, utilitarista, observado en aquél entonces, se irradia para todas áreas del conocimiento humano, “surgen” las ciencias empíricas (biología, psicología, antropología, criminología, estadística, etc). En los países europeos, se demanda transformaciones en el Derecho Penal

---

<sup>201</sup> Cfr. GUERRY, A., *Essai sur la Statistique Morale de la France*, Paris, 1833.

<sup>202</sup> Otros autores como G.V. MAYR (1841-1825), alemán, defendían la hipótesis de que, en contrario de constituir la criminalidad una constancia, su volumen y movimiento dependían de factores sociales que huían al control humano, sosteniendo por ejemplo que había una clara correlación entre los delitos contra el patrimonio y los precios de los granos y semillas. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 250/251, quienes incluso destaca las exageraciones simplistas, destacando el caso de KROPOTKIN, quien aseguraba podría calcularse el número exacto de homicidios por año con la fórmula:  $h = (t \times 7) + (h \times 2)$ ; esto es: el volumen anual de homicidios equivale a la suma de la temperatura media por siete y la humedad media por 2, p.252.

Clásico con el objetivo de mejor instrumentalizarlo para combatir a la criminalidad.

Al sistema de Justicia Clásico, deducido de principios de Derecho Natural, se oponía una realidad social de aumento de la criminalidad. La desorganización social incipiente, provocada por la quiebra del Antiguo Régimen, demandaba una otra manera de enfrentar el problema criminal. En Italia, la escuela positivo-criminológica propuso ir hacia la causa del crimen y “cortar el mal desde la raíz”, adaptar la pena al autor del crimen para asegurar que no volviese a delinquir.

En el mismo período se desarrolla la Teoría Evolucionista de Darwin y la ciencia de la Estadística Moral<sup>203</sup>. El contexto formado por el desarrollo de los conocimientos científicos de ahí originados, contribuyó a la consolidación de la perspectiva relativa o prevencionista: el crimen es un problema social sobre lo cual es posible actuar de manera a evitarlo en el futuro.

El método predominantemente adoptado para la obtención del conocimiento científico pasa a ser el inductivo. Se parte de la observación de casos individuales para llegarse a conclusiones de carácter general. La manera de elevar el conocimiento a la categoría de ciencia es someterlo a la observación empírica. Si del experimento (observación de los hechos) resulta un conocimiento objetivo comprobable por todos los demás, el resultado fue alcanzado y la hipótesis teórica, debidamente sometida al criterio de la razón, es aceptada como verdad científica.

Según observación de GARCÍA-PABLOS, para entender el positivismo criminológico, se hace necesario volverse a algunas premisas metodológicas: el utilitarismo; el método; su fundamentación del derecho de castigar; su crítica sistemática a la Escuela Clásica.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Sobre la materia vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal..., ob.cit., vol. II, pág. 616 y siguientes.

<sup>204</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob.cit., p. 449/455;

El utilitarismo está relacionado a la concepción filosófica de aquella época, que se basa fundamentalmente en la proscripción de toda metafísica, es decir, de todo lo que se encuentra más allá de lo que puede ser conocido por el hombre. La mejora del mundo no se esperará del mundo metafísico, sino de la realidad. El conocimiento solo se produce a partir del orden físico o social y para el orden social, no para más allá del mundo. Por eso, la rigurosa exigencia de que todo conocimiento debe ser fiel a la realidad, sujetarse al mundo de los hechos.

Las corrientes positivistas criminológicas pronto se multiplicaron en variados enfoques utilizados en la búsqueda de la explicación (diagnóstico y pronóstico) de la delincuencia, vinculados a una pretensión final que sería llegar a una forma de combatir tal fenómeno. Se especulaba desde distintos enfoques- biológico, antropológico, psicológico- sobre la naturaleza del criminal. Se produce corrientes variadas que solo se identificaban entre sí por el método: *el método positivo, empírico, inductivo-experimenta, que trata de someter constantemente la imaginación a la observación y los fenómenos sociales a las leyes férreas de la naturaleza. La “cosmogonía del orden y el progreso”, la fe ciega en la omnipotencia del método científico y en la inevitabilidad del progreso sella el proceder metódico de la Scuola Positiva.*<sup>205</sup>

La fundamentación del *jus puniendi* está influenciada principalmente por la Teoría Evolucionista de Darwin, que FERRI pretendía llevar hasta las últimas consecuencias, concibiendo un Derecho Penal fundado en la necesidad de conservación social, lo que implicaba en el combate a la delincuencia y defensa de los honrados, *anteponiendo los derechos de los “honrados” a los derechos de los “delincuentes”*<sup>206</sup>.

La crítica sistematizada a los postulados de la Escuela Clásica fue también una expresiva característica del Positismo Criminológico. La concepción del hombre, del crimen, de la sociedad, el fundamento del derecho

---

<sup>205</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 448.

<sup>206</sup> El darwinista sabe y siente que el hombre no es el rey de la creación, como la tierra no es el centro del universo; el darwinista sabe y siente y enseña que el hombre no es más que una combinación transitoria, infinitesimal de la vida; pero una combinación química que puede lanzar rayos de locura y criminalidad, que puede dar la irradiación de la virtud, de la piedad, del genio, pero no puede ser más que átomo de toda la universalidad de la vida”. Vid. FERRI, Il Dinamismo Biológico di Darwin, en: Arringhe i Discorsi, Dall’Oglio Ed., 1958, Milano, p.351.

a castigar, todos sus principales postulados fueron definidos por contraste con relación a la Escuela Clásica.<sup>207</sup>

Como lo sintetizó GARCÍA-PABLOS: “El positivismo criminológico representa el momento *científico* de acuerdo con la famosa ley de Comte sobre las fases y estadios del conocimiento humano: la superación, por tanto, de las etapas “mágica” o “teleológica” (pensamiento antiguo) y “abstracta” o “metafísica” (racionalismo ilustrado). Significa, también, -según FERRI-un cambio radical en el análisis del delito: los clásicos habían luchado contra el castigo, contra la irracionalidad del sistema penal, del “antiguo régimen”; la *misión histórica* del positivismo, por el contrario, será luchar contra el delito, luchar contra el delito a través de un conocimiento científico de sus causas, (*vere scire est per causa scire*), al objeto de proteger el orden social: el nuevo orden social de la naciente sociedad burguesa industrial”<sup>208</sup>.

Fue un médico, Cesár LOMBROSO, quien se tornó conocido por fundar las bases de la escuela positivista criminológica. Es frecuente verse atribuirse a él la creación de la criminología científica, aunque, como visto, sus propuestas ya habían sido parcialmente expresada por otros pensadores que le antecedieron. Su obra es vastísima, con enfoque científico multidisciplinario, se dedica a probar la hipótesis de que el criminal se distingue de los demás individuos por características que vienen predeterminadas genéticamente. La prueba de su hipótesis pasaba necesariamente por la observación empírica, la identificación de esos caracteres, a partir de la recogida de datos físicos, psicológicos y comportamentales de las personas que habían sido condenadas por la práctica de crímenes. Un trabajo meramente descriptivo y observativo con el objetivo de identificar los fallos comunes a los transgresores para llegarse a la mejor respuesta posible al crimen.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 452;

<sup>208</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 447;

<sup>209</sup> La obra de Lombroso es innabarcable, tanto por su extensión como por la amplísima temática sobre la que versa: médica, histórica, antropológica, psicológica, psiquiátrica, demográfica, política, espiritista, criminológica, etc. Al parecer, más de 650 publicaciones entre las que se destaca *L'uomo delinquente*, cuya primera edición aparece en 1876; la ya citada *El crimen, causas y remedios*, *La Donna Delinquente*, *Genio e follia*, *Antropometria di 400 delinquento veneti*, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, *Le piu recenti scoperte ed applicazioni della Psichiatria ed Antropologia Criminale*. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 457;

Debido a la variabilidad de los perfiles criminales, desde aquel entonces él defendía la idea de que la prisión no debería ser la única medida tomada con relación a todos los criminales, que su forma de ejecución igualmente debería adecuarse al perfil delictivo de cada individuo condenado; “la condena no vale más que por su modo de ser cumplida”, “el sistema celular consagrado por nuestro derecho moderno es irracional”, idea que obtuvo gran aceptación por parte de las eminencias jurídicas de Europa, las cuales no solo acudieron a los Congresos como también se propusieron a hacer reformas legislativas que llevasen en consideración las ideas positivistas criminológicas, que llevarían al “derrumbamiento de toda metafísica jurídica”.

*Yo habré de señalar aún todavía la fundación de la Union internationale de Droit Penal, que ha inscrito, en su bandera, las conclusiones prácticas de nuestra escuela; para conocer la criminalidad, precisa estudiar a los criminales; las medidas preventivas son tan eficaces como la condena contra los crímenes; los tribunales de represión y la administración penitenciaria concurren al mismo fin; la condena no vale más que por su modo de ser cumplida; el sistema celular consagrado por nuestro derecho moderno es irracional; precisa substituir con otras penas a las condenas de corta duración; es necesario distinguir entre los delincuentes accidentales y los habituales; el sistema penal debe prolongar las penas, para estos últimos, siempre que se trate de la repetición de delitos leves.*

*Este decálogo, suscrito por trescientas distinguidas eminencias de la jurisprudencia europea, es el derrumbamiento de toda la vieja metafísica jurídica. La obra no comenzó hasta seis meses después; en nuestro poder obran ya importantísimas memorias de Garofalo, Prinz, Lammatsch y Liszt, que reunidos en un congreso el tres de agosto de 1889, acordaron acometer la reforma de la legislación penal, conforme a los modernos adelantos antropológicos y sociológicos.*

*Todos convinieron que para los delincuentes de acción, los debutantes y todos aquellos que no han sufrido condenas anteriores, la prisión es más nociva que eficaz(...)”*<sup>210</sup>

---

<sup>210</sup> Vid. LOMBROSO, C., Los Criminales, s/n edición, Pamplona, Analecta Editorial, 2003, reproducción facsímil, p. 111.

Los delincuentes con delitos graves se asemejan por anomalías como la resistencia al dolor. Psicológicamente, presentan un rompimiento de los frenos inhibitorios, de tal manera que son incapaces de frenar un impulso transgresor en cambio de la preservación de algún valor moral. Así, Lombroso trataba de explicar las características que marcaban a los delincuentes como especies atávicas, propensas a la involución.

Con base en una serie de características biológicas y psicológicas, establece una tipología de los delincuentes y, como consecuencia de la capacidad de ser consciente de su conducta, propone, que sean o no considerados pasibles de punición<sup>211</sup>.

A lo largo de su vida, se dedicó a los estudios alrededor de su tipología, sin embargo, sus resultados eran publicados en los congresos y, en la medida que avanzaba sus investigaciones, iba cambiando naturalmente sus hipótesis. Recuerda GARCÍA PABLOS que en, la última edición de *L'uomo Delinquente*, redujo lo que él creía ser el porcentaje de los criminales natos de entre 65 y 70 por ciento del total de la población criminal, en las primeras ediciones del libro, para un porcentaje de 40 por ciento en la última.<sup>212</sup>

Fue la tipología lombrosiana, de naturaleza especulativa, la que se tornó muy conocida. Sus estudios, sin embargo, también tenían implicaciones en la Teoría de la Pena, la cual debería estar apartada de cualquier consideración de venganza: la pena, así como el hombre delincuente, era un fenómeno inevitable y, por lo tanto, necesario.

*Para LOMBROSO, tanto el delito como la pena son fenómenos “naturales” e inevitables, necesarios. El delito surge como consecuencia de la vida social, y la pena encuentra su legitimidad en el derecho de la sociedad a defenderse. No hay lugar a la retribución no a la venganza, simplemente a la autotutela del orden social. Si BECCARIA acentuó la función intimidatoria y disuasoria del castigo, LOMBROSO potencia la*

---

<sup>211</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 457/471.

<sup>212</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS, Tratado de Criminología, ob. cit., p. 458.

*finalidad protectora de la pena, y, solo en segundo lugar, la de reforma o mejora del delincuente.*<sup>213</sup>

Desde el punto de vista institucional, la utilidad práctica de su teoría de la pena obligaba la ciencia penitenciaria a desplegarse del rigor de la custodia celular, para adoptarse un trabajo de observación multidisciplinario. *La teoría de la pena de LOMBROSO, en todo caso, se articula en función del delincuente concreto – de su tipología criminal- y no del crimen abstracto. Por ello reclama un tratamiento individualizador, que se ajuste a las características de cada caso y distinga los cometidos del castigo según se dirija éste al delincuente “nato”, “ocasional” o al “pasional”. Como buen positivista, se declara partidario de la sentencia indeterminada, así como de la necesidad de encomendar a comisiones de expertos (antropólogos) la administración penal “como continuación lógica y natural del trabajo del juez.*<sup>214</sup>

Otro representante de la Escuela positivista fue Enrico FERRI, que, negando enfáticamente el libre albedrío, se confronta con la escuela clásica, comprometiéndose así en una gran discusión. La peculiaridad de la aportación de FERRI no consiste en la simple negación o denegación del libre albedrío, sino en la directriz sociológica que adopta: apoyándose en los datos de la experiencia, obtenidos por la aplicación del método de observación a los fenómenos individuales y sociales, plantea, en oposición al posicionamiento clásico, un estudio orientado a la búsqueda de las causas *científicas* del crimen.<sup>215</sup>

Amplía la tesis lombrosiana de los caracteres antropológicos del delincuente. Para él, el crimen no es solo el resultado de factores antropológicos o individuales, pero también de factores físicos o telúricos - como el clima- y sociales- como la moral, la familia y la religión. *Entiende, pues, que la criminalidad es un fenómeno social más, que se rige por su propia dinámica, de modo que el científico podría predecir el número exacto de delitos, y la clase de éstos, que van a producirse en una determinada sociedad y en un momento concreto, si contase con todos los factores*

---

<sup>213</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS, Tratado de Criminología, ob. cit., p.466.

<sup>214</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS, Tratado de Criminología, ob. cit., p 467.

<sup>215</sup> Cfr. Vid. FERRI, E., Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal, Madrid, Edit. de Góngora (versión castellana de Pérez Oliva, I.), 1887, IX.

*individuales, físicos y sociales antes citados y fuera capaz de cuantificar la incidencia de cada uno de ellos. Porque, bajo tales premisas no se comete ni un delito más ni un delito menos (ley de la “saturación criminal”).*<sup>216</sup>

FERRI también propugnaba un ambicioso programa político criminal que dispensaba el Derecho Penal, calificándole como instrumento inapto a la lucha y prevención eficaz del crimen. Todo delito, en función de poseer una dinámica social y etiologías propias, debería ser tratado de una manera científica y objetiva: desde el punto de vista de una sociología criminal integrada, en cuya base estaría la Psicología Positiva, la Antropología Criminal y la Estadística Social:

*La Justicia criminal del futuro –decía el autor- ha de administrarse por jueces que tengan suficientes conocimientos de Derecho Civil o Romano, sino de Psicología, de Antropología y de Psiquiatría. Que puedan llevar a cabo una profunda discusión científica sobre el caso concreto, en lugar de invocar brillantes logomaquias. El análisis y solución de cada supuesto real es un problema “científico”, que debe abordarse con criterios de esa clase (psiquiátricos, antropológicos, etc.), y no jurídico-formales como si de un contrato privado se tratase.*<sup>217</sup>

Pese a su brillante contribución a la escuela positiva, su obra también revela contradicciones y debilidades:

Una última reflexión política obliga a resaltar las contradicciones y debilidades de FERRI, autor que dijo de sí mismo haberse sentido “marxista”, y la proclividad totalitaria de algunas tesis positivistas. FERRI lamentó siempre el excesivo “individualismo” de los clásicos, y su continua remisión a los “derechos del individuo” (delincuente), en detrimento de la defensa eficaz de la sociedad. Propugnó, como buen positivista, las excelencias del orden social (del orden social de la burguesía

---

<sup>216</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob.cit. p. 263.

<sup>217</sup> Vid. FERRI, E., Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal, ob. cit., p.85.



naciente, en definitiva) y la necesidad de su defensa a ultranza, a costa si fuera imprescindible del sacrificio de los derechos individuales, de la seguridad jurídica e incluso de la propia humanidad de las penas. De ahí su ingenua confianza en el régimen fascista (en cuanto que reforzaría el principio de autoridad, freno del individualismo liberal); su preferencia por el sistema de medidas de seguridad (libres del formalismo y obsesión por las garantías individuales de los juristas) y por la sentencia indeterminada; su hostilidad hacia el sistema del jurado (FERRI pretendía una administración técnica y profesionalizada) e incluso la admisión, aunque matizada de la pena de muerte.<sup>218</sup>

Por último, se destacó GAROFALO. Son tres los puntos de su obra que merecen un destaque especial: su “concepto de delito natural”, su “teoría de la criminalidad” y sus ideas sobre el fundamento de la pena. Con el delito natural quería apuntar a una serie de conductas humanas que son intrínsecamente nocivas en cualquier tiempo, para cualquier sociedad, independientes incluso de cualquier valoración legal transitoria. Sin embargo, utilizándose de conceptos ambiguos como el de “piedad” y el de “probidad” no pudo predeterminar de una manera objetiva tales conductas que serían considerados crímenes universales.<sup>219</sup>

Se rehúsa a admitir la existencia de una tipología criminal basada exclusivamente en datos anatómicos (exógenos), aunque haya reconocido la relevancia de éstos. Sostiene una anomalía psíquica o moral del delincuente de base endógena, orgánica, una mutación psíquica transmitida de manera hereditaria afectando el sentido moral del individuo que pasa a considerar, de forma reiterada, como “buenos” los actos destructivos.

En lo que es pertinente a la teoría de la pena, para él, los derechos del individuo se encuentran subordinados al orden social. Partidario que era de la defensa del orden social, sostenía la necesidad de pena de muerte para los criminales violentos, ladrones profesionales y criminales

---

<sup>218</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 265

<sup>219</sup> Cfr. GAROFALO, R., *Criminología: studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1891.

habituales. Para el autor, la pena debe adecuarse a los caracteres individuales de cada delincuente, no está justificada por tanto ni por su finalidad retributiva ni por su finalidad correccional, ni debería guardar proporcionalidad con relación al crimen, todo eso se mostraría ineficaz frente a la carga genética orgánica y psíquica que determinan el comportamiento del criminal.

### 2.2.2. Escuela de Lyon

La escuela criminológica apuntaba el criminal como factor determinante del crimen en una sociedad. Esa visión fue contrastada por la Escuela de Lyon, también denominada Escuela Antroposocial o Criminal sociológica, que adoptó una postura radicalmente contraria a la tesis orgánico-determinista del criminal nato de Lombroso.

Sus integrantes – LACASSAGNE (1843-1924) <sup>220</sup>, MANOUVRIER (1850-1927) <sup>221</sup>, en su mayoría médicos, utilizando el ejemplo análogo extraído de la observación del ciclo vital de los microbios, enfatizaban la fuerte influencia que ejercía el medio social en la formación de la delincuencia.

Reconoce LACASSAGNE que el hombre delincuente presenta más anomalías corporales y anímicas que el hombre no delincuente, pero estima que éstas son producto del medio social y, en todo caso, no explican el crimen sin en concurso del adecuado entorno, como lo demuestra el hecho de que se encuentran, también, en no criminales. En la aparición de tales anomalías juega un papel decisivo la pobreza, la miseria, las condiciones socioeconómicas. Ahora bien, LACASSAGNE - contra LOMBROSO- entiende que no son dichas anomalías que “hacen” al delincuente, sino la relación siempre cambiante del sistema nervioso central del individuo y el medio social que se

---

<sup>220</sup> Cfr. LACASSAGNE, A., *Précis de Médecine Judiciaire*, Masson Ed., Paris, 1878.

<sup>221</sup> Cfr. MANOUVRIER, L., *La antropología y el derecho*, Madrid, 1903, primera versión en castellano con notas críticas por Francisco Lombardía y Sanchez.

traduce en imágenes más o menos equilibradas del cerebro.<sup>222</sup>

Para ésta escuela el delincuente era como un microbio o virus, algo inocuo, hasta que encuentre el adecuado caldo de cultivo que le hace germinar y reproducirse. Es decir, el criminal tiene un fondo patológico, pero este rango etiológico es secundario en comparación con la relevancia del medio social. Representa por tanto el origen de las teorías ambientales desarrolladas en la criminología.

### 2.2.3. Terza Escuela

De base ecléctica, la Terza Scuola no presenta ninguna teoría criminológica original sino que busca conciliar los postulados ya existentes en las anteriores escuelas. En ella se observa la adopción tanto del método abstracto racionalista y deductivo del clasicismo, con el método empírico, inductivo y experimental del positivismo criminológico. La tipología del delincuente propalada en el positivismo fue rechazada por la Terza Scuola, que sólo admitió la existencia de los delincuentes ocasionales, habituales y normales. El crimen fue considerado un hecho social complejo, resultado tanto de factores endógenos cuanto exógenos al individuo.<sup>223</sup>

El positivismo “crítico” de ALIMENA refleja de modo significativo el papel que la “Terza Scuola” asigna a la Criminología, y la atocomprensión de nuestra disciplina en sus relaciones con otras; para el autor, el Derecho Penal no puede ser absorbido por la Sociología (contra la tesis de de FERRI y otros positivistas), pero conviene enriquecer el examen dogmático de la criminalidad con la perspectiva de disciplinas no jurídicas, como la Antropología, la Sociología, la Estadística y la

---

<sup>222</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 271.

<sup>223</sup> En Italia, se destacan como representantes de ésta escuela ALIMENA, CARNEVALE e IMPALLOMENI. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 272.

Con éste tipo de orientación ecléctica, empieza a ser adoptado el dualismo en la práctica del derecho penal. Tal dualismo permite conciliar el uso simultáneo de consecuencias jurídicas distintas: las penas y las medidas de seguridad. El fundamento de la pena será la responsabilidad moral y la temibilidad o peligrosidad lo que autorizará la imposición de medidas de seguridad.

Con el dualismo penal, como conseqüentario lógico, se observa también el cambio en la finalidad de la pena que ya no se puede admitir agotarse en el castigo del culpable, demandando también su corrección y readaptación social.

#### 2.2.4. Escuela de Marburgo

También denominada Joven Escuela Alemana de política Criminal, tuvo F.V. LISZT como más reconocido representante. Fue él que, aliado a Prins y a Van Hamel, fundaron la Asociación Internacional de Criminalística, en 1888<sup>225</sup>.

La idea más sugestiva del planteamiento de F.V. LISZT discurre en el ámbito metodológico y en el político criminal. El autor sugiere una “Ciencia total o totalizadora” del Derecho Penal, de la que deberían formar parte además, la Antropología Criminal, la Psicología Criminal y la Estadística Criminal (no solo la dogmática jurídica), a fin de obtener y coordinar un conocimiento científico de las causas del crimen y combatirlo eficazmente desde su propia raíz. Se aparta, así, F.V. LISZT de los clásicos, que pretendieron luchar contra el crimen sin analizar científicamente sus “causas”; pero se aparta, también, de los

---

<sup>224</sup> En Italia, se destacan como representantes de ésta escuela ALIMENA, CARNEVALE e IMPALLOMENE. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 273.

<sup>225</sup> Cfr. LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal*, ob.cit..

positivistas, al conservar intactas las garantías individuales y los derechos del ciudadano que, a su juicio, representa el Derecho Penal (barrera infranqueable de cualquier política criminal”). F. V. LISZT propugnó, también, una concepción “finalista” de la pena (no meramente retributiva) influida por el pensamiento evolucionista.<sup>226</sup>

La escuela de Marburgo sugiere una comprensión multidimensional del crimen que tiene en cuenta, como factores criminógenos la predisposición individual y el medio o entorno. Sus consecuencias prácticas fueron las siguientes: el crimen visto como fenómeno natural y jurídico al mismo tiempo, compaginando el estudio empírico de sus causas y la elaboración dogmática del mismo; el dualismo penal que distingue entre penas y medidas de seguridad; el dualismo metodológico, que trató de combinar el método abstracto racionalista y deductivo del clasicismo, con el método empírico, inductivo y experimental del positivismo criminológico; la finalidad correctiva de la pena; la defensa social como fin prioritario de la administración penal.

Referida tesis del fenómeno criminal, asumida por la Asociación Internacional de Criminalística, determinó, hasta la segunda guerra mundial, el pensamiento criminológico en Europa (fórmula disposición/medio ambiente) y en Estados Unidos (concepción plurifactorial) en cuanto a la descripción y análisis causal de la delincuencia.

#### 2.2.5. Escuela o movimiento de la Defensa Social

Quizás sea ésta la orientación doctrinaria que más en serio llevó el principio resocializador de la pena. Para la Escuela o movimiento de la defensa social lo que procede no es sancionar (predican la abolición de la pena), sino “socializar” al delincuente. Sostiene la innecesidad de la imposición de penas en función del delito cometido y su sustitución por medidas de defensa social, preventivas educativas y curativas de acuerdo con la personalidad de aquel.

---

<sup>226</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 274/275.

Según M. ANCEL, la meta codiciada no debe ser el castigo del delincuente, sino la protección eficaz de la sociedad a través de estrategias no necesariamente penales, que partan del conocimiento científico de la personalidad de aquél y sean capaces de neutralizar su eventual peligrosidad de modo humanitario e individualizado. El propósito de “desjuridicizar” parcelas del Derecho Penal en aras de una eficaz Política Criminal significa negar a aquél el monopolio de la lucha y prevención del delito, cometidos que debe compartir con otras disciplinas: no el cuestionar por completo su competencia, como hicieron los positivistas cuando propugnaban la sustitución de la pena por la medida, y del Derecho Penal por la Sociología, la Antropología, etc. La “nueva” Defensa Social potencia, por otro lado, la finalidad resocializadora del castigo, compatible con la protectora de la sociedad, precisamente porque profesa una imagen del delincuente, del hombre-delincuente, miembro de la sociedad y llamado a incorporarse a ella de nuevo, que obliga a respetar su identidad y divinidad. Imagen bien distinta a la del “pecador” (de los clásicos), de la “fiera peligrosa” (de los positivistas), del “minusválido” (de los correccionalistas) o de la víctima (del marxismo).<sup>227</sup>

M. ANCEL, uno de los representantes de la escuela, defendía la idea de la integración de la Defensa Social en un nuevo derecho penal articulado a la acción de la criminología y de la ciencia penitenciaria, coordinados como medio de lucha contra el crimen. En esa perspectiva, la pena debería transmudarse en tratamiento resocializador basado en una completa investigación biológica, psicológica y situacional del delincuente científicamente dirigida.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 276.

<sup>228</sup>

Cfr.M. ANCEL, *La Defense Sociale nouvelle*, París, 1954.

## 2.2.6. Pensamiento de G. Tarde

Merece una atención especial el pensamiento de G.TARDE, francés, jurista y director de Estadística criminal del Ministerio de Justicia de Francia, debido a su radical contraposición a las ideas positivistas de la época<sup>229</sup>.

Terció críticas a la teoría del criminoso nato, de Lombroso. Para él, la sociedad misma, al propagar sus ideas y valores, es el factor decisivo en el comportamiento delictivo, no la herencia, la enfermedad o el clima. Dentro de esa perspectiva, el delincuente no es un ser apartado de la sociedad, es producto de ella, se desarrolla dentro de ella.

La conducta criminal, como cualquier otra conducta social, es una imitación: el hombre delincuente es un imitador, menos original de lo que se pudiera imaginar, que necesita de un largo período para aprender el comportamiento, las técnicas de la práctica criminal, aprender a comunicarse y hacerse conocido en el medio delictivo. Pero los medios de desarrollarse los encuentra disponibles dentro de la propia sociedad, de la misma manera como ocurre con las profesiones lícitas (médicos, ingenieros, abogados, etc.).

Para el autor, el crimen comienza siendo moda y luego podrá consolidarse como costumbre o hábito. Su pensamiento fue precursor de la teoría del aprendizaje de Sutherland y también de las concepciones subculturales. Pone en perspectiva de comparación el delincuente urbano y rural y describe la contribución del progreso tecnológico y de la civilización moderna en la génesis de la criminalidad: la quiebra de la moral tradicional; el debilitamiento de los valores familiares debido a la gran movilidad geográfica impulsado por el deseo de prosperidad de las clases media y baja; la pérdida de un guía y modelo, normalmente atribuidos a la clase dominante que deja de tener seguridad en sí mismas.

Su teoría de la pena, según puso de relieve GARCÍA-PABLOS,

---

<sup>229</sup> Cfr. TARDE, G., *Le Lois de L'imitation*, Étude Sociologique, s/n edición, Paris, Ed. Felix Alcan, 1890.

*así como sus puntos de vista en torno a la función penal y al proceso, parten de una base psicológica muy acusada. A su juicio, un comité de expertos (médicos y psicólogos) debiera decidir, en el marco de la administración penal, sobre la responsabilidad del individuo. Y las penas impuestas orientarse, también, desde esta perspectiva psicológica, distinguiendo no solo la clase y gravedad del delito cometido, sino las características del penado: por ejemplo, según se trate de un delincuente rural o de un delincuente urbano. TARDE cree, sin reservas, en el efecto disuasorio del castigo, por lo que es partidario de la pena capital como resorte preventivo*<sup>230</sup>. En el ámbito penitenciario, era partidario del sistema celular atenuado con un régimen de visitas al recluso y de la libertad condicional.

### 3. Definición y objeto de estudio

En la doctrina, GARCÍA-PABLOS ofrece una definición *provisional* de la Criminología, adjetivación sugerida por el propio autor:

Cabe *definir* la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen- contemplado este como problema individual y como problema social-, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito.<sup>231</sup>

Tal concepto reconoce la propia limitación de la ciencia criminológica al contemplar el crimen como un problema, negándose a darle al crimen una definición conceptual. Los que se dedican a la práctica penal saben cuánto de realidad existe en esta consideración. Cuando un hecho criminal se revela frente a la mirada de los profesionales del Derecho trae siempre una sensación de incómodo provocada por las dolorosas

---

<sup>230</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob.cit. p. 279.

<sup>231</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob.cit. p. 29.



consecuencias que posee para todos los que están relacionados a él, al mismo tiempo que trae una sensación de impotencia por ser tan difícil una intervención positiva en los sujetos envueltos por el hecho (víctima y delincuente).

La indefinición conceptual del crimen trae para el ámbito de la ciencia criminológica la incertidumbre, lo enigmático. Nos es posible cerrar el hecho criminal en un concepto, pero si es posible destacar la transcendencia de sufrimiento y dolor que trae en el ámbito individual y colectivo. El crimen resulta problemático y difícil y son sus mecanismos de funcionamiento lo que busca aclarar la Criminología.

Siguiendo la apuntada definición, el objeto de estudio de la criminología moderna ya no es solo el mismo de la criminología clásica que se limitaba a estudiar biológicamente al individuo que practicó el crimen, considerado este como el exclusivo lugar en donde podría descifrarse el enigma del problema criminal. Se ha notado un giro hacia cuestiones sociológicas que envuelven también la víctima y el control social del comportamiento delictivo y el método para tanto utilizado es el empírico y la interdisciplinariedad.

Otra vertiente puesta de relieve por el autor es la faz preventiva de la ciencia criminológica. *A la moderna criminología le interesa prevenir eficazmente el delito, no castigarlo más y mejor.*<sup>232</sup>

En lo que se refiere al objeto de la presente investigación, es la criminología la que, aparte de ocuparse de una gama de objetivos, se ocupará del estudio de la sociedad criminógena, de la víctima y del delincuente, incluyendo también las técnicas de intervención positiva en el hombre que delinquirió, buscando una forma positiva de tornarle un ciudadano con conciencia y voluntad de cumplir y respetar a las leyes, ambicioso objetivo propugnado por la LOGP.

---

<sup>232</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob.cit. p. 29.

El autor, todavía, intencionalmente, sustituye la concepción de tratamiento y su inequívoca connotación individualista por la de intervención que trae otras consideraciones importantes en el proceso de rehabilitación, como puede ser la participación social y el apoyo prestado a la víctima.

SERRANO MAÍLLO entiende la Criminología como “la ciencia del delito”, siendo su principal actividad el estudio de las causas del delito, es decir, la explicación del delito, pero también siendo objeto de su interés las maneras de actuar con relación al fenómeno delictivo, su control y prevención; la medición y comparación de la extensión del crimen en distintas sociedades en distintas épocas; y, por fin, el fenómeno social de criminalización, que buscará la explicación de “por qué unos hechos se definen como delictivos y otros no y, además, por qué unas leyes se aplican con rigor y otras no tanto- y, finalmente, otra vez, si intereses de grupos particulares influyen decisivamente en el proceso”.<sup>233</sup>

#### 4. Una dificultad de diálogo

La necesidad de conciliación de los conocimientos, experiencias y pretensiones del mundo del Derecho y del mundo de la ciencia constituye uno de los tres problemas que ocupan fundamentalmente la Ciencia Penal Contemporánea, es decir, la investigación sobre “el grado de aproximación recomendable de la ciencia penal a la realidad, a la realidad social y la función del saber extrajurídico”.<sup>234</sup>

El problema de la aproximación entre el mundo de las “togas negras” y el mundo de las “batas blancas” consiste en encontrar un punto de conexión en el que sea posible el diálogo. Eso resulta difícil considerando que son mundos que se enfrentan tradicionalmente, distinguiéndose

---

<sup>233</sup> Vid. SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Introducción a la criminología, ob. cit., p. 33/39.

<sup>234</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción..., ob.cit., Vol. II, p.704.

fundamentalmente por sus diferentes objetos de estudio, métodos de aproximación al objeto de estudio y finalidades.

Mientras la criminología es una ciencia empírica, fundada en la observación de los hechos, cuyo objetivo es el conocimiento y explicación de la realidad, el Derecho Penal es una ciencia normativa, del deber-ser; su objeto de estudio viene dado por la propia norma jurídico-penal, ocupándose de la delimitación, interpretación y análisis teórico sistemático del delito, como también de los presupuestos para su persecución y consecuencias del mismo.

También son distintos sus métodos. El Derecho Penal, utilizándose de un método abstracto, formal y deductivo conduce a la marginación de los problemas políticos, sociales y humanos que subyacen al comportamiento delictivo. La criminología, utilizándose del método experimental, comparativo e inductivo adentra en el estudio de ese doloroso problema que es el crimen, buscando una explicación para el mismo desde la perspectiva del individuo y de la sociedad a que pertenece este individuo.

“Hablamos dos lenguajes diferentes. Para nosotros, el método experimental (inductivo) es la llave de todo conocimiento; para ellos, todo deriva de deducciones lógicas y de la opinión tradicional. Para ellos los hechos deben ceder su sitio al silogismo; para nosotros los hechos mandan...; para ellos, la ciencia solo necesita papel, pluma y lápiz, y el resto sale de un cerebro relleno de lecturas de libros, más o menos abundantes y hecho de la misma materia. Para nosotros, la Ciencia requiere un gasto de mucho tiempo, examinando uno a uno los hechos. Para ellos, un silogismo o una anécdota es suficiente para demoler miles de hechos recabados durante años de observación y análisis; para nosotros lo contrario es verdad”<sup>235</sup>

Así nos es raro que la criminología haga temblar la seguridad lógica del Derecho Penal con estudios que demuestran, por ejemplo, que una mayor criminalización de conductas y recrudecimiento de penas no sirve

---

<sup>235</sup> Vid. FERRI, E., *Polémica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, 1886. Reimpreso en: *Studi sulla criminalità*, ed. Altri saggi, p. 244.

necesariamente a la reducción de la violencia. Sin embargo, también es verdad que el conocimiento científico puro también carece de soluciones definitivas para la criminalidad. Apunta muchos problemas y contradicciones, es verdad, pero aún no ha podido demostrar soluciones visibles y palpables.

## 5. El cambio del paradigma causal y sus consecuencias en la comprensión del fenómeno criminal

Con la generalización del método empírico inductivo llevado a cabo por la Escuela Positivista criminológica, empieza la etapa estrictamente científica de la criminología. En su avance, se asiste a una paulatina aportación de los conocimientos médicos, biológicos, psicológicos, que va formando su carácter de ciencia multidisciplinaria. De igual manera, también sufrirá cambios el concepto de causalidad, lo que resultará en la sustitución de las *teorías* por los *modelos multifactoriales*, éstos cada vez más complejos.

Para el sentido estrictamente positivista, causa designa la idea de condición suficiente, de tal manera que dándose A inevitablemente habrá de producirse B. La propuesta del positivismo clásico, aunque hoy pueda parecernos ridícula, era encontrar las características físicas y psicológicas en virtud de las cuales se podría inferir la existencia de un individuo delincuente. En su día, intentaron llegar a un enunciado universal desde donde se pudiera inferir la existencia inequívoca del delincuente. Algo tan simplista como “todas las veces que se encontrasen el predominio del gran cruzamen (longitud de los brazos) sobre la talla general del cuerpo, se estaría frente a un criminal”<sup>236</sup>.

En un segundo nivel, el término “causa” vendría a designar la idea de condición necesaria, de tal manera que B no se producirá sin que previamente se haya dado. Así, por ejemplo, encontrar el “gran cruzamen” no induce a la conclusión de que se estará frente a un criminal, porque para la formación de éste influyen otras circunstancias, hay un conjunto de causas que son necesarias pero no suficientes para la realización de un determinado evento. Este segundo concepto- de concausa- es válido para analizar

---

<sup>236</sup> Vid. LOMBROSO, C., Los criminales, ob.cit., p. 57: *Eyraud tiene otro carácter más común a los criminales que a los hombres honrados. Nos referimos al predominio del gran cruzamen (longitud de los dos brazos) sobre la talla general del cuerpo; la estatura de Eyraud es de 1,66 por un cruzamen de 1,72 en lugar de 1,66.*

fenómenos que se atribuyen a una pluralidad de causas que coincide con la manera a través de la cual la delincuencia pasó a ser vista con el desarrollo de las teorías criminológicas de corte sociológico.

En el último nivel de relación causal se prescinde de la regularidad universal causa-efecto, y se atiende al grado de probabilidad con el que puede atribuirse la producción de un fenómeno (variable dependiente) a la existencia previa de otro u otros fenómenos (variables independientes) que pueden ser denominados “causas” en sentido débil, o preferiblemente “factores”, que generalmente se definen como todo aquello que contribuye a la producción de un fenómeno.

Es este último concepto de causa el que viene siendo utilizado por la moderna ciencia criminológica.

*Finalmente, diversas corrientes de la moderna Criminología (“carreras” y “trayectorias” criminales, teorías del curso de la vida, Criminología del desarrollo, etc) tratan de explicar el delito siguiendo un enfoque dinámico y con métodos preferentemente longitudinales más acordes con la naturaleza del proceso de consolidación – y cambio- de los padrones conductuales del individuo y la propia génesis del comportamiento criminal, que evolucionan en función de las diversas etapas de la vida del infractor. Estos enfoques dinámicos, evolutivos, tampoco pretenden aportar un análisis etiológico del delito (no, al menos en el sentido tradicional de causas remotas o procesos causales que yacen en el pasado del sujeto y predetermina su conducta) ni una teoría generalizadora de la criminalidad. Persiguen, por el contrario, describir la génesis del comportamiento delictivo dinámicamente, esto es, insertando el proceso y evolución de los patrones conductuales en el curso de la vida del autor; en las diversas etapas de éste, estudiando, caso a caso, el comportamiento de las variables que interactúan en el mismo.*<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, p. 284.

Aunque verificado un cambio de percepción en lo que viene a ser causa del fenómeno criminal, cabe la observación de que la explicación física newtoniana de un universo previsible y bien comportado nunca pudo encajarse con perfección al ser humano. No hay duda de que si le ocurre un problema a una máquina, con identificarlo puntualmente será posible llegarse a una conclusión inequívoca con relación a la posibilidad/imposibilidad de arreglarlo ya que cada parte del sistema guarda una relación de causalidad necesaria previamente descrita, analizada y funcional. Con el ser humano no sucede lo mismo. Resultará imposible pretender arreglarlo, como si objeto fuera. No es posible descomponerlo en partes con el objetivo de detectar su defecto y volver a montarlo otra vez, libre de fallos.

*Mantener, pues, que solo es científico lo demostrable de forma experimental en los confines del laboratorio carece de fundamento. Se trata de un prejuicio simplificador en el que incurren, por ejemplo, determinados sectores criminológicos de corte biologicistas (vc. Psicología conductista radical), que terminan por negar todo científicismo al psicoanálisis a pesar de su tradición empírica.*

*(...) Un análisis puramente empírico del crimen desconocería que su protagonista es el hombre. Que el hombre no es objeto, sino sujeto de la historia. Y que las claves y significados de su conducta trascienden la idea de causalidad. En consecuencia, como advierte D. MATZA, el subjetivismo, la empatía y la intuición no son incompatibles con el naturalismo rectamente entendido y tiene perfecta cabida en el método criminológico ya que permiten al investigador captar y comprender los significados del mundo criminal.*<sup>238</sup>

Por ese motivo, hay quienes apunten en la doctrina para las limitaciones y carencias del método empírico, sus fallos epistemológicos e ideológicos, dada la complejidad y riqueza del comportamiento humano, cuya esencia y significado no puede ser captada objetiva y experimentalmente. Sin embargo, justifica plenamente que la Criminología recurra al método científico para el estudio del fenómeno delictivo y propone el desarrollo de

---

<sup>238</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, p. 34/35.

una investigación empírica de tipo cualitativo, comprensivo, llevando a cabo un intento por entender, el sentido de la acción del sujeto, para lo cual el investigador ha de procurar situarse en el lugar de quien ha realizado un hecho delictivo, tratar de ver a través de sus ojos, con toda la carga emocional y simbólica del contexto en el que se produjo el hecho- o en el lugar de la víctima, del policía- o en que viven habitualmente los sujetos. Para algunos autores, la Criminología comprensiva reclama, pues metodologías cualitativas.<sup>239</sup>

De otro lado, la multifactorialidad de circunstancias que influyen en la construcción del fenómeno delictivo contribuye a que sea imposible buscar solo en la prevención especial la solución del problema criminal. El fenómeno criminal es un problema individual y social complejo que se debe enfrentar con diversos tipos de estrategias, cuanto más temprano en la vida del individuo mejor, como muestra el estudio de las trayectorias transgresivas.

Por ser un fenómeno condicionado por múltiples factores, la mejor manera de combatirlo será la prevención también multifactorial, a partir de la combinación de distintas intervenciones, desarrolladas en diferentes contextos y con relación no solo a los delincuentes, sino a otros actores implicados en el delito, como familiares, víctimas, ambiente físico y la comunidad: *“A la moderna criminología le interesa prevenir eficazmente el delito, no castigarlo más y mejor”*.<sup>240</sup>

### 5.1. El criminal: del criminoso nato hacia el paradigma de la normalidad y diversidad

El objeto del estudio criminológico en lo que se refiere a la persona que practicó un crimen, sujeto para el cual va dirigida la orientación resocializadora de la pena, es inabarcable. Como observa BERISTAIN la intervención en el criminal es la misión del criminólogo dentro de un paradigma positivista, orientado por un sentido determinista y por la búsqueda

---

<sup>239</sup> Vid. SERRANO MAÍLLO, A., Introducción a la criminología, 6ª. Edición, Madrid, Dykison, 2009, p. 47/55.

<sup>240</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob.cit. p. 29.

de una patología, inclinaciones y predisposiciones en la persona que transgredió la norma penal.<sup>241</sup>

Es dentro del paradigma criminológico positivista que el criminal alcanza una posición de destaque. La persona del delincuente alcanzó su máximo protagonismo como objeto de las investigaciones criminológicas durante la etapa positivista.

Referida etapa identificada con la Criminología tradicional estuvo marcada por el principio de la diversidad del delincuente. Se tornaron muy conocidas las tesis lombrosianas que se dedicaron a probar la hipótesis de que el criminal se distinguía de los demás individuos por características que venían predeterminadas genéticamente. Con un trabajo empírico, descriptivo y de observación, Lombroso identificó una gran variabilidad de perfiles criminales que convirtió a éste en el centro casi exclusivo de la atención científica.

Desde aquél entonces, sin embargo, en la perspectiva de la teoría del conocimiento, el concepto de causa sufrió un cambio importante, dejando de ser vista en un sentido estrictamente positivista, como una idea de condición suficiente para la obtención de un resultado, para una relación causal que prescinde de la regularidad universal causa-efecto, y se atiende al grado de probabilidad con el que puede atribuirse la producción de un fenómeno (variable dependiente) a la existencia previa de otro u otros fenómenos (variables independientes) que pueden ser denominados “causas” en sentido débil, o preferiblemente “factores”, que generalmente se definen como todo aquello que contribuye a la producción de un fenómeno.

Dentro de esa perspectiva, el estudio del delincuente ya no se centra más exclusivamente en su persona como en su tiempo lo hizo la escuela positivista criminológica. Hoy se niega la existencia de factores lineares directos del comportamiento criminal, los llamados modelos monofactoriales. Se reconoce que el crimen en una sociedad es resultado de múltiples factores, no solo siendo responsable de su configuración la personalidad patológica o una distorsión biológica individualmente

---

<sup>241</sup> Vid. BERISTAIN, A., Derecho Penal, Victimología y Criminología, 1ª. Edición, Curitiba, Ed. Juruá, 2007, 3ª. Reimpresión (2011), p. 31.



considerada, sino factores otros, igualmente relacionados, la condición económico-cultural de una sociedad, el funcionamiento de las estancias de control formal e informal, factores situacionales y ecológicos, sin que ninguno de esos factores sea considerado como causa directa del comportamiento transgresivo. Por eso, en la criminología contemporánea será más apropiado hablar en trayectos de vida transgresivos que en un comportamiento criminal nato.

En los trayectos de vida transgresivos influyen múltiples factores. El tipo de comportamiento presentado por un criminal pasa a ser estudiado a lo largo de su vida como también es objeto de atención multidisciplinar, especialmente de la Psicología, criminología, biología, sociología, etc. La orientación resocializadora de la pena por tanto ya no debe centrarse en el tratamiento en un sentido estrictamente positivista. La idea del tratamiento debe salir de una concepción individualista que percibe el delincuente como causa directa y lineal de la criminalidad para incluir la influencia de la participación social en el proceso de retorno a la libertad y el apoyo a las víctimas del delito.

El hecho es que el avance de las ciencias ha puesto de relieve la complejidad del ser humano, elucidando un conjunto de condiciones, sean biológicas, psíquicas, comportamentales o sociales que le forman e interactúan entre sí para la formación del ser humano. Eso contribuyó a la quiebra completa de los estereotipos a respecto del hombre. Ya no es posible definir al hombre en una sola concepción. Aquél ya no es el señor absoluto de sí mismo, el centro del universo que preconizaban los clásicos; tampoco el prisionero de una cadena de estímulos y respuestas del positivismo criminológico; de igual manera no se le puede definir en un sentido correccionalista como el débil de voluntad que necesita de la intervención tutelar del Estado o una víctima inocente de las estructuras sociales, como propone el marxismo.

Con tantos procesos identificables por la ciencia actuando simultáneamente en la formación del ser humano, también el “porqué” del delincuente sigue sin respuesta. Aún no han llegado a definir los límites precisos que distinguen al delincuente del individuo cumplidor de las leyes. Además, ya se sabe que el delincuente posee algunas inclinaciones de orden físico, pero no podría desarrollarse sin algunas condiciones ofrecidas por la

sociedad misma que también contribuyen a la formación del fenómeno del crimen.

Durkheim, en su tiempo, ya apuntaba que el crimen “está unido a las condiciones fundamentales de cualquier vida social y, precisamente por eso, es útil; porque esas condiciones a las cuales va unido son indispensables a la evolución normal de la moral y del derecho”<sup>242</sup>. Pretendía decir con eso que el crimen no solo es un fenómeno normal de cualquier sociedad como también útil para empujar los cambios en los sentimientos colectivos, tornando posible el acogimiento de nuevos valores.

*El hombre es un ser abierto y sin terminar. Abierto a los demás en un permanente y dinámico proceso de comunicación, de interacción; condicionado, en efecto, muy condicionado (por sí mismo, por los demás, por el medio), pero con asombrosa capacidad para transformar y transcender el legado que recibió, y, sobre todo, solidario del presente y con la mirada en el futuro propio y ajeno. Ese hombre, que cumple las leyes o las infringe, no es el pecador, de los clásicos, irreal e insondable; ni el animal salvaje y peligroso del positivismo, que inspira temor; ni el desvalido de la filosofía correccional, necesitado de tutela y asistencia; ni la pobre víctima de la sociedad, mera coartada para reclamar la radical reforma de las estructuras de aquella, como proclaman las tesis marxistas. Es el hombre, real e histórico de nuestro tiempo: que puede catar las leyes o incumplirlas por razones no siempre asequibles a nuestra mente; un ser enigmático, complejo, torpe o genial, héroe o miserable; pero, en todo caso, un hombre más, como cualquier otro.*<sup>243</sup>

Es llegado el momento, como propuesto por los autores, de admitir la normalidad (no axiológica, por supuesto) del delincuente y de la delincuencia para enfrentar con serenidad este doloroso problema. Es la realidad que nos trae los variados ejemplos de criminalidad, que existieron siempre. Indignarse contra ella o ignorarla no lleva a cualquier solución. Al

---

<sup>242</sup> DURKHEIM, E., *Da Divisão do Trabalho Social*; trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura (et al.). São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.41.

<sup>243</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología- Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob.cit. p. 93.

criminal habrá que admitirlo como una persona común y su rehabilitación una meta, a través de la inversión y utilización de los más variados recursos que hoy se disponen y que todavía está por desarrollarse, alejado de imágenes llenas de prejuicio que en nada contribuyen para enfrentar el problema criminal.

Como ya no se admite una visión reduccionista de una causalidad lineal y directa del fenómeno criminal, la posibilidad de un factor biológico ligado a la práctica de un crimen no toma un carácter de definitividad, siempre será posible contrarrestarse mecanismos preventivos en los diferentes ambientes sea en la familia, en la escuela, o aún medidas sencillas de cuidados a la salud.

## 6. Enfoque en la sociedad – teorías criminológicas de corte sociológico

El estudio del fenómeno criminal se hace, tradicionalmente, desde dos perspectivas: estudiándose los factores etiológicos que, en el individuo, le llevaron a la práctica del delito y los factores que, en la sociedad favorecen a esa misma práctica.

En un principio podría parecer que, para el estudio de la función preventivo especial de la pena solo interesaría la investigación sobre la primera perspectiva. Sin embargo, como existe un consenso doctrinario en la existencia del individuo delincuente como también de una sociedad criminógena, es importante intentar comprender los factores que han sido identificados como sociológicamente propicios al surgimiento de la criminalidad.

### 6.1. Criminología del conflicto y del consenso

En el ámbito de la ciencia criminológica, surgió en el siglo XX, a partir del giro sociológico que sufrió la criminología, una dicotomía

importante que puso de manifiesto dos enfoques distintos a partir de los cuales han venido desarrollándose las teorías que pasaron a estudiar la sociedad como factor criminógeno. En realidad, ambas perspectivas irán divergir en lo que se refiere al fundamento del orden social y de la organización política. ¿Sería el orden social consecuencia de un consenso general o simplemente el resultado de una coerción, una imposición de la clase dominante?

Como ha enfatizado JULIÁN GARCÍA, en las ciencias humanas hoy ya se asume que no existe una objetividad pura y que los enfoques de investigación llevan una carga ideológica intrínseca<sup>244</sup>. Esa discusión sobre el fundamento político de la sociedad sigue girando alrededor de las concepciones de Hobbes (1588-1679) y Rousseau (1712-1778) sobre el “estado natural” y el “estado social” del ser humano.

Para el primero el ser humano en su estado natural es esencialmente egoísta y por eso, tendiendo a su propia conservación, será capaz de hacer daño a los demás para garantizar su propia supervivencia, hecho que transforma la convivencia social en una guerra de todos contra todos.<sup>245</sup> Para ROSSEAU, la naturaleza del hombre es esencialmente buena, perteneciendo a la naturaleza todo aquello que no es artificial, sino auténtico; es la sociedad la corrompe al ser humano y, por ese motivo, será necesario establecer una convención que representará la voluntad general objetiva (no de la mayoría) para garantizar el desarrollo del potencial humano inclinado hacia la práctica del bien. A esa convención se la nombró “contrato social”, un pacto abstractamente firmado entre los ciudadanos y el Estado en el que aquellos renuncian a parte de su libertad en cambio de que el Estado pueda garantizarles orden y paz sociales.<sup>246</sup>

Siguiendo la línea del pensamiento clásico de Rousseau, para la criminología del consenso, la cohesión y el orden social están fundamentados en unos valores fundamentales que deben ser protegidos por unas normas que representen la voluntad general. Hay un consenso sobre los valores que son comunes a los integrantes de una sociedad. Si nadie duda que determinados

---

<sup>244</sup> “El investigador social se encuentra más implicados en marcos de referencia ideológicos que otros científicos”, Vid. GARCÍA, J. G., *Drogodependencias y Justicia Penal*, s/n edición, Madrid, Editado por Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior de España, 1999, p. 75.

<sup>245</sup> Cfr. HOBBS, T., *Leviatán o la materia forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, s/n edición, México, Editado por Fondo de Cultura Económica, 2014.

<sup>246</sup> Cfr. ROSSEAU, J. J., *Contrato Social*, s/n edición, Madrid, S.L.U, Espasa Libros, 2012.

valores como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, el honor merecen una tutela jurídica estatal, hay un consenso social implícito que, al identificar valores, confieren cohesión a un determinado grupo social. Partiendo de esa concepción del “estado del ser humano en sociedad”, se ha desarrollado las teorías Ecológicas del crimen, la teoría de la Anomia y la de la Asociación Diferencial.

En una perspectiva opuesta se sitúan otras teorías criminológicas de vertiente sociológica, como la criminología crítica y la teoría de la reacción social. Son las teorías que se han identificado como formando parte del modelo llamado “criminología del conflicto”. Para este modelo, el orden social está fundado en la fuerza. La sociedad es un sistema conflictual, basado en la coacción que algunos miembros de la sociedad ejercen sobre otros, resultando en una selección de individuos que encuentra respaldo en las normas, criadas con el intuito de garantizar el triunfo de la clase dominadora.

Esa última concepción surge del marxismo, según el cual, en último término, la Historia se reduce a la sucesión de diferentes modos de producción y de las relaciones de oposición y lucha entre las clases sociales. Ambos factores conforman la estructura económica y determinan la sobreestructura jurídica y política, que nada más son que el espejo de la dominación de una clase por otra.

Aunque la distinción expuesta sea útil para identificar dos vertientes a partir de la cuales se desarrolló las teorías que tienen por fundamento el estudio de la sociedad como factor criminógeno, manifiestan un error epistemológico al confundir el dominio de la ética y el del conocimiento científico. Los valores son universales y se ubican en un nivel transcendental y por tanto no están limitados a una sociedad determinada, ni a cualquier concepción o modelo teórico, caracterizado por ser siempre circunstancial.

Esa distinción ubica en el mismo plano realidades distintas. No hay que distinguir las teorías con base en la aceptación o no de unos valores preestablecidos. Los valores siempre se dan por supuestos, incluso en las teorías criminológicas que sostienen la perspectiva de la coacción de unas clases por otras. Solo un discurso inauténtico de carácter ideológico, y no

científico, confunden ambos dominios y de esa forma, conduce a contrasentidos.

La criminología científica, que propone el postulado de la objetividad, como piedra angular de su método, establece una distinción radical entre el dominio de la ética y el del conocimiento y es justo por ese motivo que, al depararse con resultados distintos de los que eran esperados, se obliga una y otra vez a revisar sus postulados. Fue ese esfuerzo científico, fundado en la verificación y rechazo constante de hipótesis que llevó a la conclusión de ser el crimen un fenómeno multifactorial, visión completamente distinta de la que hace más de un siglo predominaba. Ahora bien, si la ciencia criminológica motivara sus estudios en la creencia o en el rechazo de los valores sociales, como sugiere la dicotomía de los modelos del consenso y del conflicto”, no habría libertad de investigación y tampoco posibilidad de ampliación del conocimiento humano.

## 6.2. Escuela de Chicago y el inicio de la Sociología Criminal

La Escuela de Chicago es vista por un respetable sector de la doctrina como la semilla de la moderna Sociología Criminal, yendo mucho más allá que una simple teoría de la criminalidad o más, incluso, que una escuela sociológica, considerando que representó una serie de cuestionamientos introducidos alrededor del fenómeno criminal que apuntaron una estrecha relación de los factores ambientales con los índices de la delincuencia y que prepararon el camino a las posteriores teorías criminológicas de corte sociológico (las teorías del Aprendizaje, de las Subculturas y del Conflicto, etc.).

*(...) sería incorrecto- excesivamente simplificador- identificar la Escuela de Chicago con la denominada “teoría ecológica”. Porque la Escuela de Chicago es más que una teoría de la Criminalidad, más incluso que una escuela sociológica: constituye el germen y el crisol de las más relevantes concepciones de la Sociología Criminal. Atenta al impacto del cambio social, particularmente acusado en las grandes ciudades norteamericanas desde la segunda mitad del pasado siglo (industrialización, inmigración, conflictos culturales, etc); e*

*interesada por los grupos y culturas minoritarios y conflictivos, supo sumergirse en el corazón de la gran ciudad; conocer y comprender “desde dentro” el mundo de los desviados, sus formas de vida y cosmovisiones y trató de analizar los mecanismos de aprendizaje y transmisión de dichas culturas asociales”*<sup>247</sup>

Eso también es así porque referida Escuela se destacó por su alto grado de empirismo. Su objeto de estudio fueron las propias condiciones sociales que se presentaban en la ciudad de Chicago a fines del siglo XIX e comienzos del siglo XX: las sucesivas ondas de inmigración; la creación de un gran centro industrial; aumento de la población formada por aquellos que dejaban las economías agrícolas de subsistencia; el multiculturalismo; los conflictos étnicos; la distribución de la población por sus zonas; la profusión de enfermedades; la distribución de los servicios; la estructura de los sitios públicos y privados, etc.

Los datos objeto de análisis no solo eran recogidos de la propia realidad social física, objetiva, sino también de las historias de vida; de las percepciones subjetivas de quienes estaban implicados en los problemas, destacándose la Escuela de Chicago por su notable capacidad de “penetrar profunda y delicadamente en el interior del fenómeno examinado, de captar su sentido y sintonizar con sus protagonistas, potenciando la apreciación, la empatía e imprimiendo a las investigaciones un giro subjetivista lleno de realismo, que constituye tal vez su más valioso legado”<sup>248</sup>.

*La Escuela de Chicago es la cuna de la moderna Sociología americana. De ella nacieron las teorías que a continuación se examinarán. Se caracterizó por su empirismo y su finalidad pragmática, esto es, por el empleo de la observación directa en todas sus investigaciones (de la observación de los hechos se inducen, después, las oportunas tesis) y por la finalidad práctica a la que se orientaban aquellas. Un diagnóstico fiable sobre los urgentes problema sociales de la sociedad norte americana de su tiempo.*

---

<sup>247</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit., p. 747.

<sup>248</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit., p. 750.

(...)

*La Escuela de Chicago exhibió una significativa influencia del pragmatismo, orientación que unida a la tradición del empirismo inglés define las raíces de las ciencias sociales en los países anglosajones. De signo marcadamente sociológico, la Escuela de Chicago profesó el interaccionismo simbólico, impulsó con notable éxito el método científico y supo complementar los métodos cuantitativos con técnicas de investigación cualitativas como la llamada observación participante o las historias de vida.*<sup>249</sup>

Con una población que en 1880 contaba con 500.000 habitantes; en 1900, con 1.000.000 de habitantes y en 1910, con 2.000.000, Chicago no tardó en presentar graves problemas sociales en razón, entre otras circunstancias, de un crecimiento casi incontrolable de su población. Los científicos de la Escuela identificaron ahí sucesivas llegadas masivas de inmigración: en 1880, los alemanes, ingleses e irlandeses; en 1900, una gran lleva de escandinavos, polacos, italianos y judíos; en el inicio de la década de 20, llegaron los negros del Sur<sup>250</sup>. Eran grandes y variados los problemas sociales a los que se debería enfrentar.<sup>251</sup>

En ese contexto mereció especial atención la obra que WILLIAM I. THOMAS publicó con FLORIAN ZNANIECKI, una investigación asentada en el postulado de que todo actor actúa en un determinado contexto social con la preocupación de influenciar el pensamiento de los demás. La obra “The Polish Peasant in Europe and America” es el resultado de una apurada investigación sobre la situación de los campesinos polacos emigrados para Europa y Estados Unidos que se proponía a revelar y explicar los procesos de adaptación, asimilación, marginalización y conflictos sociales que envolvían a los emigrantes.

---

<sup>249</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit., p. 751.

<sup>250</sup> La autobiografía de Claude Brown “Manchild in the Promised Land”, de 1965, describe el drama vivido por los negros que demandaban Chicago como una tierra prometida en la que no habría ni discriminaciones sociales ni miserias.

<sup>251</sup> Datos demográficos recogidos de C. SHAW/H. McKay, Juvenile Delinquency and Urban Areas, Chicago, The University of Chicago Press, 1969, p. 17 y siguientes.



En la obra, se identificó en la ciudad de Chicago una situación caracterizada por una ausencia de influencia de las reglas sociales de conducta sobre los miembros individuales del grupo. La pluralidad de culturas, etnias y modos de visión contribuyera a que fuera imposible desde el punto de vista institucional, del grupo o de la colectividad, definir e imponer modelos colectivos de acción. Esa situación a la que nombró de “desorganización social” era, para él, una etapa de un proceso dinámico de cambio, que se alternaba con fases de organización social. Situación preocupante que demandaba una atención especial en razón de suponer para el individuo una condición de total libertad para la expresión de todo tipo de inclinaciones.<sup>252</sup>

En un segundo momento, la Escuela de Chicago pasa a considerar el crimen como un fenómeno natural, interpretándole a la luz de la teoría ecológica. En las obras denominadas “Introduction of Science of Sociology” (1921) y “The City” (1925), R. PARK y E. BURGUESS, dirigieron una serie de investigaciones empíricas sobre una extensa cantidad de problemas humanos y sociales, como por ejemplo, problemas económicos, sanitarios, psicológicos, religiosos, etc.

R. PARK, trabajando como reportero en Chicago por 25 años, recogió datos de las más variadas fuentes, los cuales le llevó a la conclusión de que la ciudad, en su crecimiento, se asemeja a un organismo vivo que, de una manera similar a lo que ocurre en la naturaleza, crece invadiendo determinadas áreas, dominándoles y expulsando otras formas de vida entonces existentes.<sup>253</sup>

E. BURGUESS, con base en las investigaciones de R. PARK, que acompañan las direcciones relacionadas al proceso de desarrollo de una

---

<sup>252</sup> Cfr. W. THOMAS/F. ZNANIECKI, *The Polish Peasant in Europe and America*, s/n ed., Illinois, Univ of Illinois Ed., 1996.

<sup>253</sup> Cfr. PARK, R.E., *Race and Culture*, en: *collected papers of R. E. Park*, vol. I (edit. H. Glencoe, III), 1950, p. 8, (la ciudad como “organismo social”). PARK, *periodista, nacido en Minesota (1864), trabajó por 25 años como reportero en Chicago. Adoptó el método de la observación activa, participativa, pues su interés por conocer los conflictos sociales desde dentro”- desde el mundo del desviado”- con datos fluidos y de primera mano, procedentes de la observación directa, le obligaría a sumergirse en las entrañas de la gran ciudad, sustituyendo los trabajos académicos, literarios por su propio cuaderno de notas y experiencias personales.* Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, ob. cit., p. 749.

gran ciudad formula la famosa teoría de las zonas concéntricas, a través de la cual se verificaba en la ciudad un movimiento de expansión radial (“axiate growth”), que iba desde dentro hacia fuera y que cada clase social y económica iba eligiendo una zona en la que vivir.<sup>254</sup>

*La Zona I – el “Loop”- es el distrito central, el área de los negocios; zona de intensa actividad comercial, política y social, dominada por profesionales y corporaciones que pueden pagar elevadas rentas.*

*La Zona II, generalmente la parte más antigua de la ciudad, es un área de transición, invadida por la fuerza expansiva de la zona central (I). Se halla habitada por las clases más pobres y por emigrantes, que no pueden pagar mejores viviendas, siendo muy elevado el nivel de deterioro de su distrito residencial.*

*La Zona III es el área de los hogares de los trabajadores que consiguieron escapar de la deteriorada zona de transición (II) al mejorar sus niveles adquisitivos (Workingmen`s homes).*

*La Zona IV es el distrito residencial de las clases medias, integradas por viviendas familiares y costosos apartamentos (Residential Zone).*

*La Zona V (Commuters Zone) comprende las áreas “suburbanas” de las afueras de la gran ciudad y las “ciudades satélites”, que ocupan las clases más adineradas.<sup>255</sup>*

Sin embargo, fue McKENZIE quien postuló que la estabilidad de las instituciones políticas y sociales guarda estrecha relación con la estabilidad de las relaciones espaciales. Los datos culturales como población, raza, lengua, movimientos migratorios caracterizan más una determinada área de la ciudad que lo estrictamente geográfico, impulsando en la ciudad el desarrollo de su “actividad orgánica” desde el centro hacia la periferia.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> Cfr. BURGUESS, E. W., The Growth of the City, en: PARK, BURGUESS, MACKENZIE (The City), Chicago, The University of Chicago Press, pp. 51 y ss.

<sup>255</sup> Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit., p. 755; en la misma obra, vid. también gráfico de las zonas concéntricas: p. 754.

<sup>256</sup> Cfr. MACKENZIE, R.D., Neighborhood: a study of local life in the city of Columbus, Ohio, s/n ed., Ohio, Ayer Co Pub, 1970.

También SHAW y MCKAY, que publicaron sus estudios en diversas obras<sup>257</sup>, se destacaron como respetados científicos de la Escuela de Chicago.

C.R. SHAW, oficial de vigilancia del régimen de libertad condicional, publica la obra *“Delinquency Areas. A Study of the Geographic Distribution of School Truants, Juvenile Delinquents and Adult Offenders in Chicago”*<sup>258</sup> en la que investiga el proceso en virtud del cual un joven se aparta de los grupos convencionales y la formación de núcleos urbanos donde el comportamiento delictivo es un modelo de conducta esperado por sus habitantes y puede constatarse en una actitud hostil generalizada hacia la Policía y las agencias de control social formal.<sup>259</sup>

Los Estudios presentados llevaron a la conclusión de que la áreas que presentaban mayor índice de delincuencia estaban invariablemente ligadas a la degradación física, a la segregación económica, étnica y racial y a

---

<sup>257</sup> Entre ellas, de autoría conjunta, “Social Factors in Juvenile Delinquency: a study of the community, the family and the gang in relation to delinquent behaviour”. National Commission on Law Observance and Enforcement. Report on the Causes of Crime. Vol. II, U.S., Govt. Printing Office, Washington, 1931.

<sup>258</sup> Cfr. SHAW, C.R. y ZORBAUGH, F.M. *Delinquency Areas. A Study of the Geographic Distribution of School Truants, Juvenile Delinquents and Adult Offenders in Chicago*, s/n. ed., Chicago, Literary Licensing, 2012.

<sup>259</sup> Referido autor también publicó tres biografías criminales: “The Jackroller”; “The Natural History of a Delinquency Career” y “Brother in Crime”, cuyas conclusiones fueron las siguientes: 1º) *Los delincuentes no difieren en términos significativos del resto de la población en cuanto a la inteligencia, condiciones físicas y trazos de la personalidad*; 2º) *En las áreas criminales, las tradiciones convencionales e institucionales, la opinión pública y demás mecanismos que permiten el control sobre el comportamiento del niño se hallan muy desintegradas. Además, padres y vecinos suelen incluso aprobar la conducta delictiva, de modo que el niño crece en un mundo social en el que el crimen es una forma de conducta aceptada y apropiada*; 3º) *De hecho, los barrios ofrecen numerosas oportunidades e incentivos para la actividad delinencial, en contraste con las escasas perspectivas de empleo en la industria privada. Aquella se inicia –y muy pronto– en el niño como un “juego” callejero más*; 4º) *El comportamiento delictivo se aprende y se transmite, como las propias técnicas criminales, a modo de tradición. Los menos jóvenes enseñan a los demás jóvenes, y cada barrio hace gala de su peculiar idiosincracia criminal, que conserva durante largos períodos de tiempo. Los mecanismos habituales del control social son incapaces de frenar este proceso*; 5º) *Las genuinas carreras criminales se consolidan paulatinamente cuando el individuo se identifica con su mundo delictivo e interioriza la filosofía de la vida de éste y los valores del grupo criminal del entorno. El contacto continuo de jóvenes y adultos delincuentes – en la calle o en los correccionales– y el rechazo o estigmatización de la propia comunidad son decisivos*; 6º) *Las tasas de delincuencia más elevadas son las de la zona de transición (“interstitial areas”), porque la alta “movilidad social” de las mismas genera un estado crónico de desorganización que hace imposible el aprendizaje de valores y la disciplina (control social)*. Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, ob. cit., p. 758/759.

las enfermedades. Las zonas que no presentaban tales características aunque sufrieran permanente circulación de etnias heterogéneas, mantenían una tasa de criminalidad inferior.

La existencia de las zonas de delincuencia induce al abandono de toda explicación que privilegie variables derivada de raza, etnia o nacionalidad. Por otro lado, los autores excluyen expresamente la idea del carácter criminógenos de la propia área en sí misma. La explicación de la zona de delincuencia tendrá que asentarse en la estructura misma de la vida comunitaria, en el contenido de las relaciones de vecindad, en donde se verifica el estado de desorganización social e la transmisión de la cultura de transgresión.

A la Escuela de Chicago se debe, pues, muchos tributos. Además de haber sido la precursora de las teorías criminológicas de orden sociológico, fue también un ejemplo sin precedentes de relación entre teoría y praxis. A partir de ella surgieron muchas reformas legislativas y programas de intervención social fundamentados en los principios ecológicos de la Escuela. Se puso de relieve, por primera vez, la inadecuación de las respuestas de tratamiento individual al crimen.<sup>260</sup>

Por fin, con la Escuela de Chicago se llega finalmente a una política criminal que va unida no solo a la observación exterior de las zonas en las que habitan el mayor número de delincuentes, sino también a la comprensión comunidad local en la que viven los delincuentes para, a partir de esa comprensión, movilizar los diversos actores e instituciones sociales locales (vecindad, Iglesia, escuela y grupos deportivos) para intervenir en los medios criminógenos, fortaleciendo la solidaridad local y controlando la delincuencia.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> Vid. FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, ob. cit. p. 287.

<sup>261</sup> “De ahí que unas de las preocupaciones casi obsesivas del “Chicago Are Project” sea el de motivar los residentes locales con prestigio y aceptación social para intervenir como “social workers” voluntarios. Eso en obediencia a la máxima de que la reintegración a la vida comunitaria (condición esencial de la prevención criminal) debe, en la medida de lo posible, hacerse a la cuesta de los propios residentes.” Vid. FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, ob. cit. p. 287/288.

### 6.3. Teorías estructurales funcionalistas

A la perspectiva ecológica de la escuela de Chicago, las teorías estructurales funcionalistas añaden una perspectiva sistémica en la que la conducta desviada es vista como un fenómeno no solo social, sino también normal y funcional, cuya génesis y etiología guarda estrecha relación con la estructura y grado de desarrollo del propio sistema social.

#### 6.3.1. Anomía (Durkheim)

La sociedad francesa del siglo XIX, inmersa en un acelerado proceso de industrialización y cambio político y social fue el contexto histórico en el que se desarrolló la Teoría de la Anomia. Abriendo un embate con los criminólogos positivistas que buscaban explicaciones biopsicológicas (individualistas) para el crimen, DURKHEIM lanza la semilla de lo que vendría a ser la base del pensamiento sociológico moderno, contestando el postulado de la anormalidad patológica del crimen.

En su primera obra “De la división del trabajo social”, publicada en 1893<sup>262</sup>, el autor sostiene que las diversas formas de cambios sociales deben ser examinados a la luz de las variadas formas históricas de organización social y división del trabajo.

En las sociedades primitivas (autosuficientes, monolíticas y uniformes), que contaban con una mínima división del trabajo e idénticos valores compartidos por todos sus miembros, se percibe una solidaridad social mecánica, que descansa en la uniformidad y los grupos que la integran se encuentran relativamente comunicados entre si. Por otro lado, en una sociedad más evolucionada (compleja y dinámica), caracterizada por una notoria división del trabajo, se percibe una solidaridad orgánica, derivada de la interdependencia necesaria entre sus segmentos. En las primeras

---

<sup>262</sup>DURKHEIM, E.; De la Division du travail Social, Etude sur l'organisation des sociétés supérieures, 1893, París. La misma obra traducida al portugués: Da Divisão do Trabalho Social; trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura (et. al), São Paulo, Abril Cultural, 1978.

predominaban las sanciones represivas, de mayor gravedad, al contrario de lo que sucede hoy en día, cuando predominan las sanciones reparatorias.<sup>263</sup>

Sin embargo, los miembros de ambas sociedades están unidos a través de una conciencia colectiva, un sistema de representaciones colectivas comunes a la media de sus miembros, al que los individuos permanecen siempre vinculados. En función de la división del trabajo de las sociedades modernas, los individuos pasan a poseer metas diferenciadas no compartidas entre ellos, se debilita el nivel general de exigencias, provocando una desintegración de los valores y un debilitamiento de la conciencia colectiva, produciendo, entre otros efectos, un estado de vacío o carencia de normas, lo que induce a la adopción de conductas desviadas en sus miembros. A ése estado de vacío o pérdidas de referencias colectivas normativas en una sociedad, DURKHEIM denominó “anomia”.<sup>264</sup>

En su obra siguiente, (“Las reglas del método sociológico”) el autor va a desarrollar la idea de la “normalidad” del crimen.<sup>265</sup> Hay una inevitable tasa de conductas desviadas existentes en las sociedades de variados momentos históricos. En el libro, *DURKHEIM traza un llamativo paralelismo entre el “dolor” (y la enfermedad) y el delito (y la salud social). El delito no es signo incontestable de la patología social, del mismo modo que el dolor no demuestra inequívocamente la presencia de una enfermedad: hay graves enfermedades que no conllevan dolor físico, mientras leves disfunciones pueden ocasionar un verdadero suplicio; a veces, incluso la falta de dolor – y hasta el placer- son indicios de enfermedad; mientras, por el contrario, el sufrimiento acompaña (necesariamente) ciertos estados que, como el hambre, el cansancio o el parto, no son fenómenos patológicos, sino “fisiológicos”. La experiencia demuestra, según DURKHEIM, que el crimen*

---

<sup>263</sup> La concepción de las sanciones recibió otras precisiones en el artículo “Deux Lois de l’évolution pénale. In: *L’année sociologique*. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1901, p.65, en el que deja evidente cómo el proceso civilizatorio y el modelo político democrático traen una suavización en la intensidad de las penas.

<sup>264</sup> “No puede olvidarse, añade Durkheim, que al vigorizarse la “conciencia colectiva” se eleva también el nivel general de exigencias (lo decisivo no es la gravedad “intrínseca de la acción, sino la que le presta la conciencia común); así, una aparente desaparición del crimen conllevaría la definición como tal de conductas que antes no merecía dicho rango por su escasa relevancia, del mismo modo que en un convento o en una sociedad de santos las faltas más insignificantes se juzgan con una severidad que el común de la gente reserva para los actos en verdad criminales”. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Tratado de Criminología, ob. cit., p. 787.

<sup>265</sup> Les Règles de la Méthode, París, 1895; La misma obra traducida al castellano: Las reglas del método sociológico (traducción de A. Ferrer y Robert), Akal Editor, 1978.

*se halla unido a las condiciones de toda vida colectiva; que no es un monopolio de las sociedades primitivas o menos avanzadas. De ahí que afirmar si carácter patológico significaría tanto como confundir lo “patológico” con lo “fisiológico”.*<sup>266</sup>

El crimen, para el autor, es parte integrante de una sociedad sana, un factor de salud pública. Abre el camino para los necesarios cambios en los sentimientos colectivos, a veces incluso prepara esos cambios, significando una anticipación de la moral futura. Al mismo tiempo en que provoca e incentiva una reacción social, el crimen estabiliza y refuerza el sentimiento colectivo alrededor de los valores, proporcionando la transformación social.

*Clasificar el crimen entre los fenómenos de la Sociología normal no significa solamente que sea un fenómeno inevitable, aunque sensible, debido a la incorregible maldad humana, sino que equivale a afirmar que constituye un factor de salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana*<sup>267</sup>

Si el crimen por tanto es normal y útil al fortalecimiento y desarrollo de los valores sociales, la pena no puede ser una medicina para el mal, su verdadera función es fortalecer la consciencia colectiva alrededor de los valores que una sociedad juzga importantes en determinado momento histórico:

*Aunque (la pena) derive de una reacción completamente mecánica, de movimientos pasionales y en gran parte irreflejados no deja de desempeñar un papel útil; éste papel no está allí en donde se lo ve ordinariamente. Ella no sirve, o no sirve sino secundariamente, para corregir el culpado o intimidar sus imitadores posibles; con esos dos puntos de vista, su eficacia es justamente dudosa y, en cualquier caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social manteniendo toda la vitalidad de la consciencia común”*<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Tratado de Sociología, ob. cit., p. 786.

<sup>267</sup> Las reglas del método sociológico, ob.cit., p. 86.

<sup>268</sup> DURKHEIM, E., Da Divisão do Trabalho Social, ob.cit., p. 41.

Tampoco el criminal, en la visión del autor, será un “ser patológico”. En *oposición a las ideas dominantes, el criminal ya no se nos manifiesta como un ser radicalmente insociable, algo así como un elemento parásito, como un cuerpo extraño e inasimilable introducido en el seno de la sociedad, sino que es un agente regular de la vida social.*<sup>269</sup>

Por fin, en su obra posterior, “El Suicidio”<sup>270</sup>, el sociólogo francés, al constatar estadísticamente que las tasas de suicidio se incrementan de modo significativo tanto en períodos de depresión como de prosperidad económica encontró una respuesta a ese contrasentido en el enflaquecimiento de los “poderes morales”, tradicionalmente sostenidos por las religiones, que dejaron de ser un factor regulador y moderados de las fuerzas económicas, dejando de servir de límites a las expectativas de cada clase social. Si no hay nada que pueda servir de límites a las necesidades, estas ultrapasarán siempre e indefinidamente los medios disponibles para satisfacerlas, nada pudiendo calmarlas. Solo las necesidades limitadas por una fuerza externa (reglamentación) pueden ser satisfechas y, por tanto, conducir hacia la felicidad humana.<sup>271</sup>

### 6.3.2. Estructura Social Defectuosa

El trabajo científico de MERTON fue el resultado de muchos años de dedicación a la investigación sociológica y apertura a críticas que fueron contribuyendo al perfeccionamiento de su teoría. Su primer trabajo,

---

<sup>269</sup> Las reglas del método sociológico, ob.cit., p. 90.

<sup>270</sup> Le Suicide, Etude du Sociologie, París, 1897: La misma obra traducida al castellano: El Suicidio (introducción y estudio previo de L. Díaz Sanchez), Akal Editor, 1982.

<sup>271</sup> El suicidio “anómico” es, para DURKHEIM, distinto de otras modalidades de suicidio (el altruista y el egoísta). Mientras que en el “egoísta” el hombre ya no percibe la razón de estar en la vida; en el “altruista”, a que esta razón les parece encontrarse fuera de la misma vida; en “anómico” proviene del sufrimiento que produce la vida social desordenada, no de la manera que está ligado a la sociedad, sino de la forma como esta disciplina sus vidas. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Tratado de Sociología, ob. cit., p. 721.



publicado en 1938, va recibiendo varios cambios a lo largo del tiempo hasta transformarse en una investigación más amplia, que se tornó conocida como “Estructura Social y Anomia: revisión y ampliación”<sup>272</sup>.

Él asimila el concepto de anomia, ampliándole. En su concepción, la anomia no es solo un estado de desorganización social estructural caracterizado por un debilitamiento de la conciencia colectiva, un estado de vacío, en el que impera una ausencia de normas. Para Merton, la pérdida de las referencias normativas colectivas es inducida culturalmente, no solo en función de una determinada estructura social, sino también por los valores que se reputan merecedores de ser alcanzados.

La sociedad de la que se ocupa no es la misma que la del sociólogo francés. Su principal crítica va dirigida a la sociedad americana del “American Dream”, una sociedad en la que se incentiva el éxito económico a todo precio, creando en sus miembros la sensación de que a cualquiera es posible alcanzar el suceso material máximo. Una sociedad que cree en la más extendida movilidad social, pero sigue con una estructura social que ofrece muy pocas oportunidades legítimas para alcanzar el éxito económico. Así, el estado de anomia que induce a la conducta desviada no es solo estructural, sino también incentivado culturalmente.

Determinadas condiciones sociales y estructurales no bastan para incentivar el aumento de la conducta desviada. El gran énfasis cultural en el éxito pecuniario, unido a las demás circunstancias, es el que provoca un aumento en los índices de la criminalidad. Eso explica porque la pobreza tiene menos relación con la delincuencia en la Europa sudoriental que en los Estados Unidos: mientras en este país hay sólo un símbolo del éxito: el económico, abierto a todos los tipos de clases; en aquella, se percibe una estructura de clases rígida y símbolos del éxito distintos para cada clase.

*La pobreza no es una variable aislada que opere de la misma manera en todas partes; es una más dentro de un complejo de variables sociales y culturales interdependientes e identificables como tales. La pobreza en sí y la consiguiente limitación de las*

---

<sup>272</sup> MERTON, R.K., “Estructura social y Anomía: revisión y ampliación” en FROMM, E., HORKHEIMER, M.; PARSONS, T. y otros: La Familia, Ed. Península, 1972, Barcelona, p. 672 a 682.

*oportunidades no bastan para producir un alto índice de conducta criminal. Ni siquiera la notoria pobreza en medio de la abundancia conduce necesariamente a este resultado. Pero cuando la pobreza y las desventajas que comporta en la competencia por los valores culturales aprobados por todos los miembros de la sociedad van unidas a un gran énfasis cultural en el éxito pecuniario como objetivo dominante, los elevados índices de conducta criminal son el resultado “normal”. Las estadísticas elementales (y no necesariamente fidedignas) de la delincuencia indican que la pobreza tiene menos relación con la delincuencia en la Europa sudoriental que en los Estados Unidos, de modo que ni la pobreza ni la correspondiente restricción de las oportunidades bastan para explicar la diferencia de la correlación. Sin embargo, cuando tenemos en cuenta la configuración general – pobreza, limitación de oportunidades y asignación de objetivos culturales- parece posible encontrar una explicación de por qué en nuestra sociedad existe una mayor correlación entre la pobreza y la delincuencia que en otras sociedades caracterizadas por una estructura de clases rígida y por símbolos del éxito diferentes para cada clase<sup>273</sup>*

Son tres variables que influyen principalmente en la producción e incremento de las conductas desviadas: los objetivos incentivados culturalmente, los medios legítimos para alcanzarlos y los medios reales existentes para tanto. En una sociedad en la que los medios legítimos no son suficientes para que uno pudiera alcanzar los objetivos culturales, es decir, que presentara una discrepancia entre normas y fines culturales, de un lado, y las posibilidades socialmente estructuradas de actuar en conformidad con aquellas de otro, se establece una presión sobre el individuo para la adopción del comportamiento desviado. Así, la conducta desviada es una reacción esperada de la contradicción apuntada, formadora de una estructura social defectuosa.

En una estructura social defectuosa, los miembros de la sociedad que se enfrentan a las situaciones de presión generadas por aquella estructura, sólo podrán perseguir los objetivos sacrificando las normas o perseguir las normas sacrificando los objetivos. Merton identifica cinco modos de

---

<sup>273</sup> MERTON, R. K., Estructura Social y Anomia..., ob. cit. , p.88.

adaptación abstractos y típicos a través de los cuales se busca dar respuesta a los potenciales de frustración socialmente inducidos: el conformismo, la innovación, el ritualismo, la evasión y la rebelión.

Modos de adaptación institucionales	Objetivos culturales	Cauces
1. Conformidad	+	+
2. Innovación	+	--
3. Ritualismo	--	+
4. Retraimiento	--	--
5. Rebelión	+	+
	--	--

274

El conformismo es la conducta no desviada, asumida por el individuo que ofrece una respuesta socialmente positiva, capaz de superar la presión ejercida, aceptando tanto los objetivos culturales como la insuficiencia de los medios puestos a la disposición para alcanzarlos.

El comportamiento innovador es la típica conducta desviada en la que el individuo utiliza los medios ilegítimos para alcanzar el éxito, actitudes que pueden ser encontradas en todos los estratos sociales, incluso en las clases más altas (criminalidad de cuello blanco), aunque sea más común en la “lower class”, debido a que en ésta la presión de la estructura social es más acusada.

El ritualismo es el modelo característico de la clase baja americana en donde el individuo se somete de manera extrema a las reglamentaciones con la consciencia de su imposibilidad de acceder a los objetivos culturales, evitando los riesgos de importaría desear aspiraciones más altas.

<sup>274</sup> Cuadro extarido de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 792.

El retraimiento es una respuesta de aquél individuo que rechaza tanto los objetivos culturales cuanto los medios institucionalizados, constituyéndose en un cuerpo extraño, formado por personas alienadas socialmente (psicóticos, parias, drogadictos, etc).

Por fin, el último tipo de adaptación colectiva en una estructura social defectuosa es la rebelión, conducta de aquellos que optan por crear y seguir un orden social distinto, con normas más satisfactorias y justas.

#### 6.4. Teorías subculturales

La designación “teorías subculturales” en términos plurales se debe a que son muchas las teorías que buscan una explicación al fenómeno criminal con base en el estudio de las “subculturas delincuentes”, variando en lo que se refiere a su contenido, génesis y origen, función, relación con la cultura dominante y proceso de influencia sobre los miembros del grupo.

Sin embargo, no es fácil definir el concepto de subcultura, a empezar por las dificultades en la conceptualización del término “cultura”, vocablo plurisignificativo, a depender del plano de reflexión en el que será investigado (antropológico, filosófico, histórico, sociológico, etc.).

Aún así, es cierto que la idea de “subcultura” viene contrapuesta a un determinado padrón de valores dominantes existentes en una sociedad. Surgió, sin pretensiones generalizadoras, en la década de cuarenta, para explicar las conductas desviadas de ciertas minorías, concretamente la criminalidad de jóvenes y adolescentes.

La “subcultura delincuente” no se agotará en el problema criminal, sino que servirá de punto de referencia para la moderna sociología que tiene como objeto de estudio una sociedad compleja, caracterizada por una pluralidad de modelos de conductas, en los cuales se incluyen los modelos de los grupos desviados.

*El concepto de subcultura, por de pronto, presupone la existencia de una sociedad plural, con diversos sistemas de valores “divergentes” en torno a los cuales se organizan los grupos desviados. Implica la necesidad de examinar desde dentro el mundo de estas minorías, desde la óptica de los propios desviados, contemplando el delito como una opción colectiva, de grupo. Y, en el caso específico de la delincuencia “juvenil”, como una decisión simbólica de rebeldía hacia los valores oficiales de las clases medias, muy distinta de la ciudad “racional” y “utilitaria” de la criminalidad de los adultos”.*<sup>275</sup>

Del estudio de las bandas criminales desde su interior, fueron identificadas algunas características que les son similares: 1) Cosmovisiones particulares; 2) Un código de valores relativamente autónomo aunque no llegue a independizarse por completo del conjunto de valores dominantes; 3) Una organización interna que confiere cohesión a sus miembros alrededor de los valores comunes; 4) Todas ellas surgen en un modelo de sociedad plural y heterogénea.

Cumple destacar, por tanto, que de modo distinto a lo que sostienen las teorías de la Anomía (Durkheim) y de la Estructura Social Defectuosa (Merton), según las teorías subculturales el fenómeno delictivo es consecuencia de una organización social distinta que posee un código de valores particulares y ambivalentes respecto a los de la sociedad oficial, y no simplemente consecuencia de un vacío normativo o de un estado de desorganización social.

#### 6.4.1. Delincuencia Juvenil (Cohen)

El enfoque adoptado por COHEN propone una explicación del “por qué” existen las subculturas delictivas y cual es el génesis de las mismas. En la obra “Delinquent Boys”, el autor investigó el motivo de existir elevadas

---

<sup>275</sup> Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. Tratado de Criminología, ob. cit., p. 811.

tasas de criminalidad en determinadas zonas pobres de la ciudad. Como resultado de su investigación, observó que los jóvenes de aquellas áreas se encuentran fuertemente influenciados por un conjunto de valores profesados por la clase media, sin poseer condiciones de acceso a ellos.<sup>276</sup>

Tanto los jóvenes de la clase media como los de la clase económica baja interiorizan la ética del éxito material que orienta toda la sociedad americana. Sin embargo, son manifiestas las desventajas de los jóvenes hijos de la clase trabajadora. Desventajas que no solo suponen menos oportunidades sino también se hacen presentes en el propio contenido de su socialización. Mientras los criterios de socialización de la clase media revelan una idea de racionalidad, responsabilidad individual, autodisciplina y sacrificio de las gratificaciones inmediatas a favor de las gratificaciones en el futuro; los jóvenes de la clase baja son educados en lo que clasifica como la “ética de la reciprocidad”, caracterizada por la permisividad y el recurso a la violencia.

En ese contexto, hay un natural estado de frustración. Al constatar su incapacidad de acceder a los valores que son profesados por la sociedad, los jóvenes de la clase baja crean un código de valores propio como manera de vencer la frustración de ahí originada. A través de la creación de un código propio esos jóvenes crean otros criterios que establecen otros status a los que sí pueden alcanzar.

Los criterios utilizados por esas bandas dan forma a un conjunto de valores identificados por su gratuidad, no-utilidad, maldad y negatividad.

*Robar por el placer de robar- dice Cohen- independientemente de consideraciones de ganancia y de provecho, es una actividad a la que se atribuye valor, audacia, prestigio y una profunda satisfacción. En los esfuerzos empleados, en el riesgo que se corre al robar cosas que, con frecuencia, son- más tarde- desechadas, destruidas o regaladas, no hay un cálculo en*

---

<sup>276</sup> Vid. COHEN, A. K., *Delinquent Boys, The Culture of the Gang*, 1955, Glencoe, Illinois.

*términos racionales inspirados en un criterio cualquiera de utilidad”.*<sup>277</sup>

La maldad y la negatividad se verifican porque en la cultura subdelictiva se observa una satisfacción en perjudicar a los demás como también un orgullo de hacer lo que es incorrecto según los estándares de la clase media.

*“Se trata –afirma Cohen- no ya de un “conjunto de reglas y un modelo de vida distintos a las normas de la sociedad adulta respetable o bien indiferente ante ésta o por añadidura en conflicto con la misma. Resultaría admisible definirla, por lo menos por su polaridad negativa en relación a estas normas. Es decir, la subcultura delincuente toma sus normas de la cultura circundante, pero las invierte. La conducta del delincuente es justa, según los principios estándares que rigen su subcultura, precisamente es injusta según las normas de la cultura circundante”.*<sup>278</sup>

La génesis y la formación de la subcultura delictiva no se daría sin la existencia recíproca de una estratificación social que promueve los mismos valores, un dualismo normativo resultante de la creación de los valores antagónicos por las clases bajas resultado de la frustración de éstos y la conflictividad y ambivalencia de los jóvenes de la clase baja.

El autor sugiere tres modelos de adaptación a los que los jóvenes de la clase baja suelen adaptarse: 1) El de la adaptación (“college boy”), según el cual el joven enfrenta las rigurosas carencias económicas, sociales y culturales y se adapta al estilo de vida, valores sociales y culturales asumidos por la clase media. 2) El del pacto o transacción (“corner boy”), la respuesta más común en la que el individuo se acomoda a los valores de su propio grupo, pero no opta por el modo del delito, pactando y conviviendo de manera armónica con la sociedad oficial; 3) El de la rebelión (“delinquent boy”), el verdadero responsable por la creación y propagación de la cultura subdelictiva

---

<sup>277</sup> Vid. COHEN, A. K., *Delinquent Boys, The Culture of the Gang*, ob. cit., p. 28.

<sup>278</sup> Vid. COHEN, A. K., *Delinquent Boys, The Culture of the Gang*, ob. cit., p. 30.

ya que es el joven que no acepta pactar, menospreciando el valor del joven más ejemplar de la clase media, creando valores distintos que le posibilita situarse en un status “más alto” que aquél, sirviendo de modelo e incentivo para los demás jóvenes de conducta desviada. El elemento creador y diseminador del mecanismo vacío de sentido pero útil para compensar la angustia del joven de clase baja que para conseguir la estima social se alza contra los objetivos y valores de la clase media.

“No solo lo que deploramos y lo que apreciamos son parte de un mismo tejido sin costuras, sino que, en realidad, están tejidos de las mismas fibras”: en otra de sus obras, COHEN pone de manifiesto el postulado más irónico del funcionalismo al concluir que existe una interdependencia recíproca entre lo “normal” y lo “patológico” existente en una sociedad.<sup>279</sup>

#### 6.4.2. Oportunidad Diferenciada (Cloward y Ohlin)

El carácter “malicioso”, “negativista” y “no-utilitarista” de las subculturas criminales puesto de relieve en la teoría de Cohen son contrarestados con los datos empíricos de elevados índices estadísticos de delincuencia patrimonial practicada por las bandas criminales, los cuales demuestran que éstas actúan también con el objetivo de sacar algún provecho material.

Con CLOWARD y OHLIN se empieza a observar que, desde una perspectiva más realista, la delincuencia juvenil urbana presenta un carácter matizado, no siendo iguales las formas en las que se manifiestan.<sup>280</sup>

Esos autores también entienden que los jóvenes de las clases bajas son los que más inclinados están hacia la práctica delictiva como una forma de reacción a la frustración que experimentan al buscar conseguir, sin éxito, el status económico codiciado. Sin embargo, sostienen que no solo las

---

<sup>279</sup> Vid. COHEN, A. K., *The Study of Social Disorganization and Deviant Behavior*, en: R. K. MERTON, L. BROOM y L. COTRELL (compiladores) *Sociology Today*, 1959, New York, Basic Books, Inc., p. 473/474.

<sup>280</sup> Cfr. CLOWARD, R., y OHLIN, L., *Delinquency and Opportunity: A Theory of Delinquent Gangs*. New York, The Free Press, 1960.



tensiones estructurales sino también el área ecológica va a influenciar en la formación de sus carreras delictivas.

En la conocida obra “*Delinquency and Opportunity*”, fundamentan su teoría en los estudios sociológicos antes realizados (Merton y Cohen), admitiendo la hipótesis de que en el seno de una sociedad existen subculturas independientes, derivadas de la presión que una estructura social defectuosa ejerce sobre aquellos que no disponen de cualquier acceso a los medios legítimos para alcanzar el éxito económico: los jóvenes de las clases bajas. Cuando el adolescente atribuye el fracaso que experimenta a la sociedad y no a sí mismo, tiene un sentimiento de privación injusta con relación a las normas oficiales, las cuales pasa a combatir, junto con otros jóvenes que experimentan la misma frustración.

*“El conflicto que genera tal frustración se plantea entre los objetivos o metas prescritos por la cultura dominante y las propias aspiraciones de los jóvenes de las clases bajas, una vez concienciados del grado de probabilidad efectiva de alcanzar dichas metas. Cuando el fracaso en el intento de mejorar la propia posición social es atribuido por el adolescente al tipo de organización social más que a sí mismo, se verifica un sentimiento de privación injusta referido a las normas oficiales. Entonces, el joven, que ve pocas esperanzas de progresar por vías o procedimientos legítimos, se unirá a otros con semejantes ideas, integrando una subcultura criminal. El respaldo del grupo les hará dominar el sentimiento de deshonra, el temor o la mala conciencia por sus comportamientos delictivos, suministrándoles la participación en la subcultura criminal la oportunidad de conseguir el éxito personal y la plena satisfacción a través de la aprobación que reciben de sus iguales.”*<sup>281</sup>

La aportación de los autores se refiere, sin embargo, a la integración que promueven entre el pensamiento mertoniano, el pensamiento de Cohen y la Escuela de Chicago, lo que dio origen a la noción de “oportunidades diferenciadas” (*differential oportunities*).

---

<sup>281</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit., p. 817.

Según los autores, la comprensión de la génesis del fenómeno criminal va unida a las diferentes oportunidades (legítimas e ilegítimas) ofrecidas por la zona de concentración de pobreza (*slum*) a sus miembros. Es decir, cada área de clase social baja tiene una organización que favorece o no la diseminación de las conductas desviadas, no todas tienen la misma estabilidad para ofrecer el mismo grado de oportunidades ilícitas.

En medio a variadas formas de estructura interna y organización de la zona ecológica, fueron identificados tres tipos de respuestas colectivas: la subcultura criminal (*criminal gangs*), la subcultura conflictiva (*conflict gangs*) y la subcultura abstencionista o evasiva (*retreatist gangs*).

La subcultura criminal (*criminal gangs*) es la respuesta más ordenada de la reacción delictiva. No solo incentiva la adopción de conductas desviadas como también las organiza en carreras, como de una empresa del crimen se tratase. Cuenta con un mecanismo de enseñanza de las normas del mundo criminal, haciendo posible la transmisión a los jóvenes de las técnicas que puedan asegurar el éxito de sus “actividades”. Además, crean un marco efectivo de oportunidades que ofrecen a los integrantes de las bandas vías alternativas para alcanzar el “objetivo” con mayor éxito y mecanismos de racionalización y control, que pretenden evitar la puesta en peligro innecesaria, limitando a los jóvenes el empleo de los medios ilegales que podrían disminuir su beneficio (por ejemplo, la violencia irracional y disfuncional).

La subcultura de conflicto (*conflict gangs*) normalmente se establece en donde hay una alta tasa de precariedad en todos los componentes de la vida social y una movilidad social y demográfica muy elevada. Tal situación hace que sea imposible una estructura estable de oportunidades ilegítimas.

*“Los jóvenes optan entonces por la violencia y el conflicto permanente con otras bandas como forma de adquirir status, reputación y prestigio, ya que su grado de frustración es mayor al no ofrecerles estas áreas muy deterioradas oportunidades (ni legítimas ni ilegítimas) ni expectativas, y han carecido, también*

*de un aprendizaje de técnicas delictivas refinadas de adultos que puedan servirles de modelo. La subcultura de conflicto, en definitiva, es el modo de asegurar el difícil acceso al placer y a las oportunidades en ciertas áreas deprimidas.*”<sup>282</sup>

Como resultado de la ausencia de estabilidad en la subcultura de conflicto, la criminalidad de ahí resultante es notadamente individualista, poco remunerativa y sin cobertura.

Por último, de la subcultura evasiva o abstencionista (*retreatist gangs*) forman parte los jóvenes que no han conseguido cualquier tipo de éxito, sea lícito o ilícito y que experimenta, pues, un doble fracaso. Tienen una postura de distanciamiento de la sociedad oficial y, como manera de permanecer insensible al mundo convencional, se refugia en el consumo de drogas. Sin embargo, para costear sus vicios, se envuelven en la práctica de “pequeños” delitos periféricos, como hurtos, la venta de drogas y la prostitución.

Los autores, además, demuestran que los tipos de subculturas está sujetos a cambios, en función de las transformaciones estructurales que se operen en el *slum*. Del mismo modo, el comportamiento del desviado va a cambiando según el grado de asimilación de la población inmigrada: en un primer momento adopta una postura violenta para conseguir status, en un segundo momento se organiza y pasa a adoptar posturas más funcionales y, por fin, después de haber sacado suficiente provecho económico, abandonan el *slum*.

Con esa matización de la delincuencia juvenil, se puso de manifiesto que muchos de los desviados también comparten los valores culturales de la clase media. Al centrarse en la explicación del fenómeno criminal a partir de las diferentes oportunidades ofrecidas a los jóvenes de clases bajas, el trabajo de esos autores tuvo importante relevancia político criminal, abriendo espacio a la viabilidad de programas preventivos y de rehabilitación del desviado, incentivando una actuación incisiva de los poderes públicos en la creación de medios de vida legítimos a los jóvenes que creen en la práctica de los valores convencionales.

---

<sup>282</sup> CLOWARD, R., y OHLIN, L., *Delinquency and Opportunity...*, ob. cit., p. 24

### 6.4.3. Vertientes críticas

A partir de los años sesenta surgen diversos segmentos de las teorías subculturales con una visión crítica que ponen de manifiestos los fallos de las anteriores, reprochándoles en lo que se refiere a su déficit empírico, su ambigüedad y la desmedida relevancia que otorgan al factor “clase social”.<sup>283</sup>

Entre ellas se destaca la de W. MILLER, que defiende otra explicación para la delincuencia juvenil de las clases bajas. Para él, esa no sería simplemente una protesta en contra de los valores profesados por la sociedad americana y del reparto desigual de las oportunidades. Eso porque, en contra de lo que se sostenía, la clase baja no internaliza los mismos valores de la clase media, sino que posee sus propios valores. Es decir, no es una cultura referenciada; más bien se trata de una cultura autónoma, independiente, con padrones de valores definidos por la propia comunidad.<sup>284</sup>

No hay, según el autor, en la sociedad americana, una ideología igualitaria en el plano cultural. En función de un proceso histórico de estratificación social lo que hay verdaderamente es un profundo abismo que separa la clase media de las clases bajas y que abarca tanto las relaciones

---

<sup>283</sup> *La concepción subcultural de COHEN ha sido blanco específico de tres críticas: En lo metodológico se le reprocha un significativo déficit empírico. A juicio de MANHEIM, por ejemplo, las conclusiones del autor derivan más de la experiencia personal del mismo al frente de la institución antes señalada que de estudios de “campo” empíricos. La teoría subcultural de COHEN, por otra parte, ha sido tachada de ambigua. Para PITCH, COHEN no explica satisfactoriamente la génesis de la propia subcultura, ni en qué sentido cabe hablar de una cultura de la “clase obrera”, no si se trata de una genuina “subcultura” o-más bien- de una “contracultura”. ¿Surge, de hecho de una efectiva contradicción entre las aspiraciones individuales y una estructura de oportunidades discriminatorias- se pregunta el autor- o COHEN presupone, como parece la coexistencia de objetivos enfrentados, antagónicos? (...) Resulta igualmente imprecisa en el modelo de COHEN la naturaleza de la “subcultura delincuente” y sus relaciones con la sociedad o cultura oficial.(...) Por último, se ha objetado también a COHEN el monolitismo de sus concepción de subcultura, excesivamente simplificador. La Teoría de la “oportunidad diferencial” de CLOWARD y OHLIN ha sido también cuestionada desde diversos puntos de vista, si bien es su fuerte “componente de clase” el que ha polarizado las críticas. En cuanto a la metodología seguida por los autores, cabe reseñar la misma objeción formulada a la obra de COHEN: que es una construcción teórica y parcial de la delincuencia juvenil de bandas en los Estados Unidos, carente de todo respaldo empírico y de datos de primera mano, cuyos resultados –sin verificación- no pueden generalizarse” Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit., p. 820/821.*

<sup>284</sup> Vid. MILLER, W.B. Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency, en: The Journal of Social Issues, XIV, no. 3 (1958), p. 5 a 19.

económico sociales, como el universo cultural. En un contexto de un sistema social desde hace mucho tiempo estructurado autónomamente, íntegro y completo, intrínsecamente relacionado con un conjunto de problemas comunes a todos los miembros de la comunidad, la desviación del joven de la clase baja no es un fenómeno malicioso y negativista, más bien es un fenómeno automático derivado de la convivencia entre dos visiones de mundo completamente distintas.

La comunidad de clase baja se estructura en unas pautas convencionales propias, marcadamente caracterizadas por el matriarcado y por una obsesión por los valores propios de la masculinidad.

El hombre de la clase inferior, en función de la frustración económica que viene marcando sus antepasados, no siente cualquier tipo de atracción por el papel de jefe de familia, siendo inestables y discontinuos sus contactos con el lar. Tanto el soporte económico como emocional está a cargo de la mujer y los hijos crecen sin una imagen consistente de hombre con la que pueda identificarse, lo que no impide que exista una referencia a la figura paterna como blanco de animosidad o de deseo en el decurso de su educación.

En ese contexto, en función de un mecanismo psicológico de formación-reacción, los jóvenes de sexo masculino pasan a experimentar una obsesión por los valores propios de la masculinidad, con la correspondiente búsqueda por integración en grupos unisexuales que profesan valores que giran alrededor del rol masculino: dureza, astucia, excitación, involucramiento en conflictos y problemas, suerte y autonomía. De ahí adviene otra fuerte característica del “slum”: la separación entre los sexos. Los valores transmitidos entre los miembros de la comunidad obedecen a la orientación de los grupos masculinos unisexuales, ya que las experiencias matrimoniales son a menudo excepcionales y transitorias.

Para W. MILLER existe, pues, una auténtica cultura de las clases bajas. Y la llamada “subcultura criminal” no sería más que un “subproducto” de la misma. A su juicio, la tendencia a asociarse en un grupo de pares del mismo sexo es una característica del estilo de vida de los varones adultos de clase baja, cuya educación ha corrido a cuenta, por lo general, de mujeres, y que, de este modo, aprenden los aspectos esenciales del rol masculino. Por

ello, los principales “valores” y “estándares” de los adultos de clase baja y de los jóvenes que integran las bandas callejeras (dureza, astucia, etc.) giran en torno a la virilidad.<sup>285</sup>

En un otro sentido, MATZA y SYKES sostienen que la ideología adoptada por las clases bajas en nada difieren de la ideología de la “*leisure*” de la clase media. Así la delincuencia juvenil con frecuencia comparte valores como la atracción por la aventura y el peligro, el desprecio por la monotonía cotidiana, la ostentación y la generosidad en el uso del dinero.

*Hemos supuesto, con demasiada facilidad que el delincuente profesa unos valores desviados y opuestos a los de la sociedad general. Esto se debe en parte al hecho de que partimos de una visión demasiado simplificada del sistema de valores de los individuos que respetan la ley. Con la prisa de crear un estándar para ponderar la desviación social, hemos reducido el sistema de valores de toda la sociedad al de la clase media. Hemos ignorado tanto el hecho de que la sociedad no consta de exclusivamente de una clase media, como que la clase media esta muy lejos de ser heterogénea.*<sup>286</sup>

La delincuencia juvenil no se trata, por tanto, de un cuerpo extraño a la sociedad, sino un aspecto inquietante de este: el apareamiento a la superficie de unos valores subterráneos de la propia clase media: una élite que “consume sin producir”. Por todo lo expuesto, entienden los autores que la delincuencia juvenil va más unida a un problema de conflicto intergeneracional que a un problema de clases sociales.

Con el aporte de tantas críticas<sup>287</sup>, se nota, por tanto, que las teorías subculturales cuentan ya con un rechazo en el medio científico,

---

<sup>285</sup> Sobre los valores que desarrolla la “lower class”, vid. Vid. MILLER, W.B. Lower Class Culture..., ob. cit, pp. 14/17.

<sup>286</sup> Vid. MATZA D., y SYKES, G. H., Juvenile Delinquency and Subterranean Values, en: American Sociological Review, XXVI (1961), p. 715 y ss.

<sup>287</sup> Bloch y Niederhohher (1958) han criticado, también, el componente “clasista” del modelo subcultural, por entender que la banda es un fenómeno universal propio de la juventud de todas las clases sociales, que supliría, en las sociedades más desarrolladas, los ritos de transición a la edad adulta de las culturas primitivas. Para los autores, la criminalidad juvenil tiene una explicación “intergeneracional” y no de “clase”. Manhein (1965), siguiendo semejante enfoque crítico, mantiene que la subcultura criminal no es un fenómeno privativo de los jóvenes de las clases sociales bajas, sino común a todos los estratos sociales,

fundamentado en numerosas investigaciones empíricas que otorgan importancia a otros factores distintos de la condición de clase para conferir una explicación al fenómeno delictivo, como por ejemplo, el desigual reparto de la oportunidad de resultar criminalizado, ya que técnicas de estimación de la criminalidad real (cifra negra) informan que no hay diferencia significativa entre la criminalidad de los jóvenes que pertenecen a las clases bajas y la criminalidad de los jóvenes que pertenecen a otras clases sociales.

## 6.5. Teorías del “proceso social”

Las teorías subculturales, al poner de relieve la criminalidad de las clases económicas bajas, no han podido explicar, de modo satisfactorio, datos extraídos de las investigaciones empíricas: la existencia de la criminalidad de las clases medias y privilegiadas; el hecho de que muchos jóvenes inseridos en una subcultura criminal dejan de delinquir en cuanto alcanzan la madurez; y también el hecho de que muchos jóvenes de clase baja resisten a la desviación criminal asumiendo las pautas convencionales de la sociedad, mientras los adolescentes de las clases más privilegiadas lo rechazan.

Las carencias y limitaciones apuntadas llevan al descrédito de las teorías subculturales y al desarrollo, en las décadas de 60 y 70, de un grupo de teorías: las del *social process*.

Según las teorías del *social process* aunque la probabilidad de un miembro de la lower class volverse un delincuente es mayor debido a una serie de déficits y carencias que concurren en el mismo, también asumen conductas desviadas los jóvenes de las clases media y alta, si son destructivos o pobres sus procesos de interacción con las instituciones sociales. Es decir, el punto de coincidencia entre los teóricos del *social process* es la hipótesis de que todo individuo, no importa a cual clase social pertenezca, lleva el

---

*constatable, además, en ciertos grupo (occupational or professional groups), actividades e incluso áreas geográficas delimitadas. La llamada subcultura criminal, a su juicio, representa la parte visible de un iceberg; porque detrás de esa minoría juvenil que viola las leyes se halla un amplio y vasto sector social de la misma clase y de la misma subcultura, que directa o indirectamente la apoya y la alienta, como los delincuentes de “cuello blanco” son respaldados por su cultura. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit., p. 824.*

potencial delictivo que puede convertirle en delincuente en algún momento de su vida.

En todo caso, son tres las orientaciones principales que siguen la perspectiva de que el crimen es una consecuencia de las interacciones entre el individuo y la sociedad: las teorías del aprendizaje social (*social learning*), las teorías del control social (*control theory*) y las teorías de la reacción social o del etiquetamiento (*labeling aproach perspective*).

Para las teorías del aprendizaje social, de la misma manera que el proceso social permite e incentiva la internalización de los valores de cooperación social también se aprenden las actividades ilícitas, sus valores, técnicas y mecanismos subjetivos de racionalización o autojustificación del comportamiento desviado. Según los teóricos del control social, cuando fracasan los mecanismos sociales de control es que surge el delito, normalmente neutralizado por sutiles vínculos sociales que reclaman del individuo una actitud conformista. Y, por fin, para as teorías de la reacción social, el crimen es resultado de un proceso social selectivo y discriminatorio, no necesariamente una conducta social negativa, sino una etiqueta recibida por determinadas instituciones sociales.

#### 6.5.1. Aprendizaje social (Sutherland y Cressey)

La teoría del aprendizaje social surgió en el mismo contexto social de las demás teorías sociológicas: década de 1930, un momento de explosión demográfica e industrial en Estados Unidos, promoviendo el resurgimiento de la concepción de que delincuente es un producto de la sociedad, ya defendida antes por G. TARDE, francés, jurista y director de Estadística criminal del Ministerio de Justicia de Francia en el siglo XIX, el que terció críticas a la teoría del criminoso nato, de Lombroso. Para él, la sociedad misma, al propagar sus ideas y valores, es el factor decisivo en el comportamiento delictivo, no la herencia, la enfermedad o el clima.<sup>288</sup>

---

<sup>288</sup> Cfr. TARDE, G., *Le Lois de L'imitation*, Étude Sociologique, s/n edición, Paris, Ed. Félix Alcan, 1890.



La conducta criminal, como cualquier otra conducta social, es una imitación: el hombre delincuente es un imitador, menos original de lo que se pudiera imaginar, que necesita de un largo período para aprender el comportamiento, las técnicas de la práctica criminal, aprender a comunicarse y hacerse conocido en el medio delictivo. Pero los medios de desarrollarse los encuentra disponibles dentro de la propia sociedad, de la misma manera como ocurre con las profesiones lícitas (médicos, ingenieros, abogados, etc.). El crimen comienza siendo moda y luego podrá consolidarse como costumbre o hábito. Su pensamiento fue precursor de la teoría del aprendizaje.

En el siglo XX, también SUTHERLAND ha sido testigo del gran crecimiento desordenado, impulsado por la explosión demográfica y el crecimiento industrial en la ciudad de Chicago. A él se debe la explicación de la criminalidad de clase alta, lo que sólo fue posible gracias a la teoría de la asociación diferencial.<sup>289</sup>

El autor empieza su investigación desconfiando de las estadísticas oficiales, las cuales apuntaban siempre altas tasas de criminalidad en las clases bajas y casi ninguna incidencia de criminalidad en las clases económicamente superiores. Ese hecho se daba en función de por lo menos dos razones: el poder económico y financiero de las clases altas y su influencia en las leyes y en la administración de la Justicia Penal, caracterizadas por su parcialidad.<sup>290</sup>

A partir de esa lectura crítica de los datos oficiales, el autor deja

---

<sup>289</sup> Cfr. SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*; trad. Rosa del Olmo, Madrid, Ed. La Piqueta, 1999.

<sup>290</sup> Sobre la actual dificultad en combatir a este tipo de criminalidad, vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., *Corrupción y Derecho Penal*, en *Tribuna Complutense*, p. 12, publicado en 14/10/2014: *Los delitos que se cometen, tienen asignadas penas muy severas privativas de libertad, de inhabilitación para el ejercicio del cargo o profesión y multa, que no siempre se llegan a aplicar o cumplir. La dificultad se centra en la actividad probatoria; no olvidemos, que el delincuente corrupto proyecta una imagen social impecable frente al ciudadano y excelente reputación, por lo que pese a todo se mantiene en el poder. Esto obedece al encubrimiento y solidaridad horizontal que le proporcionan sus correligionarios, que impiden, limitan y entorpecen en algunos casos, las investigaciones judiciales. Pero no basta con aplicar el Código penal, es necesario que se regenere la clase política (adiós a la casta), con profesionales al servicio del bien común y que quieran a su pueblo. Sólo así, el sistema legal gozará de una percepción social positiva, donde el ciudadano se sienta orgulloso de su Gobierno y Parlamento, recuperando la Administración de Justicia su merecido prestigio social y su faz humana frente al todopoderoso Leviatán ... Y el delincuente corrupto no debe olvidar que, aunque durante algún tiempo, esa diosa que preside los palacios de justicia, haya proyectado la imagen de estatua de mármol, distante, impasible, fría, ciega, sorda y muda, sin embargo, ¡ciñe espada!*

de apuntar para una relación directa de la criminalidad con la inadaptabilidad de los jóvenes de clase baja e pasar a buscar un elemento común que justificase el crimen, independientemente de cualquier referencia a la clase social. El elemento encontrado fue el aprendizaje.

El comportamiento criminal es consecuencia de un proceso de aprendizaje que se desarrolla en un medio que favorece la transgresión a la ley. Las patologías sociales y personales no tienen un papel esencial en el origen del delito<sup>291</sup>, pero el proceso de aprendizaje de las conductas desviadas si. Es decir, si el individuo no hubiera tenido contacto con actitudes, pautas de conducta, justificaciones racionales del comportamiento delictivo, no hubiera podido delinquir. Todo dependerá por tanto de la frecuencia, prioridad, duración e intensidad a que uno esté expuesto a las definiciones favorables a la transgresión de la ley.

La criminalidad no puede ser considerada entonces resultado de un deficiente proceso de socialización pero si de una socialización diferenciada. Con Sutherland se rompe la dicotomía *criminalidad versus estructura social desordenada*. La idea que el autor pretende transmitir es la que existe una organización para que ocurra el aprendizaje del crimen dentro de la sociedad misma. En una sociedad plural en donde hay una serie de interpretaciones distintas sobre la manera más adecuada de comportarse, las conductas transgresivas a la ley constituyen un modo de actuar en el mundo que tiene un sistema de aprendizaje propio, a parte de otros comportamientos, algunos neutros y otros en contra del comportamiento criminal. De ahí adviene la conclusión del autor en el sentido de que el término organización social diferenciada seria el más adecuado para explicar el fenómeno criminal.

El autor resumió su teoría de la asociación diferencial en nueve proposiciones:

1) Por el mismo mecanismo que se aprende una conducta virtuosa, la conducta criminal también se aprende;

2) El aprendizaje se da en el proceso de interacción con otras personas, a través de la comunicación. Se rechaza los postulados mecanicistas

---

<sup>291</sup> Vid. SUTHERLAND, Edwin H., El delito de cuello blanco, ob. cit., p. 312.

del behaviorismo entonces imperante: el aprendizaje del crimen demanda una participación activa, no basta con vivir en un medio criminógeno, ni con manifestar, por supuesto, determinados rasgos de personalidad.

3) Las relaciones íntimas del individuo con sus familiares es la parte decisiva de dicho proceso de aprendizaje debido a que son los contactos interpersonales los responsables por la interpretación de las experiencias diarias y el incentivo a que el individuo supere la barrera de los controles sociales y asuma los valores delictivos.

4) El aprendizaje engloba la tecnología del crimen: técnicas de ejecución, lenguaje (argot), símbolos e instrumentos de comunicación con el mundo criminal, mecanismos psicológicos de refuerzo y autojustificación que neutralizan la conciencia de culpabilidad.

5) En las sociedades plurales, hay definiciones favorables y desfavorables a la desobediencia a la ley y las direcciones de motivos e impulsos se aprenden de tales definiciones. El conflicto de valoraciones es inherente al propio sistema de una sociedad con variados marcos de referencia valorativos, constituyendo el fundamento y la base misma de la “asociación diferencial”.

6) Una persona asume un comportamiento desviado, convirtiéndose en delincuente cuando por medio de sus contactos interpersonales ha aprendido más modelos criminales que respetuosos del derecho (cuando las definiciones favorables a la violación de la ley superan a las desfavorables).

7) Unos contactos duraderos y frecuentes con las pautas de conducta criminales tiene una mayor influencia pedagógica que otros fugaces u ocasionales. Así las asociaciones y contactos diferenciales del individuo pueden ser distintos según la frecuencia, duración, prioridad e intensidad de los mismos.

8) El proceso de aprendizaje del comportamiento criminal es el

mismo inherente a todos los procesos y mecanismos de aprendizaje.

9) La conducta delictiva no puede explicarse como una concreción de necesidades y valores generales, considerando que la conductas conforme al Derecho también asumen los mismos motivos ambivalentes (el deseo de acumular riqueza, de mejorar el status, por ejemplo), sino tan sólo por el contacto y aprendizaje de normas y valores desviados.<sup>292</sup>

La importancia de su teoría está en el impulso que confirió a las investigaciones sobre la criminalidad económica. Los crímenes de cuello blanco sólo han podido ser objeto de investigaciones después de los fundamentos a la explicación del crimen lanzados por el autor. Como el crimen es una conducta que se aprende a través de las interacciones sociales, reflejo de un proceso de comunicación entre individuos, sujetos bien socializados, sin déficits cognitivos o de inteligencia, de nivel económico alto también están aptos a adoptar comportamientos desviados.

Tras su fallecimiento en 1950, CRESSSEY, su discípulo y colaborador, se ha encargado de definir con más precisión algunas formulaciones equívocas de la teoría de la asociación diferencial. Lo hizo en un conocido trabajo, intitulado “Epidemiologies and Individual Conduct: A Case from Criminology”<sup>293</sup>, en el que puntualiza que lo decisivo para el aprendizaje del comportamiento desviado no es el número de contactos del individuo con el modelo delictivo, sino el hecho de que prevalezcan las definiciones favorables al crimen. Si no fuera así los individuos con más comportamientos desviados serían los Jueces, abogados y fiscales por la gran cantidad de tiempo que se ponen en contacto con las pautas criminales.

Por fin, añade que no sólo las personas que asumen conductas desviadas son los propagadores de las pautas transgresivas, también malos consejos paternos y la admiración colectiva hacia cierto padrones de comportamiento criminal (juego, crímenes de cuello blanco) ejercen una gran influencia pedagógica para el aprendizaje.

---

<sup>292</sup> Vid. E.H. SUTHERLAND y D. CRESSEY, *Principles of Criminology*, 10a. edición, Philadelphia, Lippincott, 1939, pp. 80/82.

<sup>293</sup> Vid. CRESSEY, D., *Epidemiologies and Individual Conduct: A case from Criminology*, en: *Pacific Sociological Review* 3 (1960), p. 128 a 147.

### 6.5.2. Identificación diferencial (Glaser)

La formulación básica de la teoría de la identificación diferencial, formulada por D. GLASER consiste en sostener que, para la explicación de una conducta delictiva, la identificación con roles criminales influye más que el aprendizaje, que el contacto o la asociación con la delincuencia.<sup>294</sup>

Relevante importancia asume su concepto de identificación: “elección de otra persona, desde cuya perspectiva observamos nuestra propia conducta”<sup>295</sup>. La persona se identifica con el criminal y no hace falta ponerse en contacto con él o convivir en su medio para adoptar su misma conducta. El factor de interacción no importa pues lo decisivo es la selección y la aprobación intelectual y la identificación del individuo con los estándares criminales.

En esa perspectiva, los medios de comunicación en masa son considerados instrumentos potencialmente capaces de pautar las conductas individuales. Acercándose a la teoría de la imitación de G. Tarde, la formulación de Glaser pone de relieve la sutil internalización de las pautas de conducta a partir de narrativas criminales transmitidas por los medios de comunicación en masa.

Para que el individuo pueda identificarse con un rol criminal no hace falta que la persona elegida, cuya conducta se pretenda imitar, sea real o ficticia pues, en realidad, lo importantes es la elección de los modelos, la interacción del individuo con él mismo en la racionalización de su propia conducta, siendo desnecesaria la interacción con los subgrupos criminales.

Todos los elementos familiares y sociales, los códigos morales internalizados, la participación en grupos, las frustraciones pasadas forman un

---

<sup>294</sup> Vid. D. GLASER, “Criminality and Theories and Behavioral Images”, en: American Journal of Sociology, 61 1956, p. 433 a 444.

<sup>295</sup> Vid. D. GLASER, Criminality and Theories and Behavioral Images, ob. cit., p. 440.

conjunto de condiciones que hacen que cada identificación del individuo con el crimen sea también diferenciada.<sup>296</sup>

Aunque haya tenido el mérito de acrecentar la teoría de los roles criminales al modelo de SUTHERLAND, poniendo de relieve la incuestionable influencia de los medios de comunicación en la conducta del individuo, problema minimizado por aquél autor, GLASER peca por un exceso de carga especulativa al describir la conducta criminal como una anticipación intelectual de la conducta, descartando las muchas situaciones casuales en las que no se hacen presente cualquier identificación.

---

<sup>296</sup> GLASER, D., "Differential Association and Criminological Prediction", en: Social Problems, VIII, no. 1, 1960, pp. 6 a 14.

### 6.5.3. Refuerzo diferencial (Akers) y Condicionamiento operante (Jeffery)

Las teorías del refuerzo diferencial y del condicionamiento operante son modelos que refuerzan la teoría del aprendizaje, añadiendo los principios psicológicos del conductismo a los factores sociales de índole externa .

Según la teoría del Refuerzo Diferencial el crimen también es un comportamiento aprendido, aunque enfatize el aspecto individual del proceso de aprehensión. El aprendizaje se da a través de un condicionamiento operante, es decir, por intermedio de las consecuencias de la acción misma para el autor de la conducta, estímulos a los que sigue, sean sociales o no. El comportamiento de los demás, sean personas próximas o distantes, ejercen un impacto condicionante y modelador en las conductas individuales. El surgimiento o la manutención del comportamiento desviado dependerá del grado de ventajas o desventajas asociadas a dicho comportamiento y a otros comportamientos alternativos.

AKERS llevó a cabo una investigación empírica en la que se hizo una encuesta con 3.065 jóvenes drogodependientes de ambos sexos, con el objetivo de averiguar como se daba entre ellos el aprendizaje del modelo desviado y el “refuerzo diferencial” que le llevaba a la toma de decisión a favor del crimen. Se ha llevado en consideración la manera como captaban los encuestados las reacciones de sus padres y personas de su intimidad frente a sus comportamientos ilícitos, el número de personas involucradas en el crimen admiradas por el joven y si recibía algún tipo de castigo por el abuso en la utilización de drogas.<sup>297</sup>

Considera que pudo demostrar empíricamente con esta investigación que, a través de la interacción con personas y grupos especialmente significativos para el mismo, el individuo aprende a evaluar su propia conducta, decidiendo por una determinada acción cuando percibe las ventajas de la misma sobre sus alternativas.

---

<sup>297</sup> Vid. AKERS, R.; KRHON, M. ; LONZA-KADUCE, L. Y RADOSEVICH, M. Social Learning and Deviant Behavior: A Specific Test of a General Theory, en: American Sociological Review, 44, 1979, p. 636 a 655.

La opción por la conducta delictiva ocurre cuando las definiciones positivas o neutralizadoras de esta contrarrestan las negativas. Se podrá esperar el surgimiento de la conducta desviada siempre que la misma represente un refuerzo diferencial en comparación a un comportamiento alternativo y sea, para el individuo, justificada o deseable. Una vez iniciado el comportamiento desviado, el individuo se mantiene en él debido a varios factores (refuerzo social, contacto con pares desviados, ausencia de castigo y rechazo por padres y allegados, etc. Para Akers, por tanto, la conducta criminal se inicia por imitación pero se perpetua a través del respaldo y aprobación por las personas y grupos que tienen una significación especial para el individuo.

La teoría del condicionamiento operante pone de relieve la perspectiva biológico conductual. Para esta teoría, la conducta desviada es “comportamiento operante” (*operant behavior*), en continuo proceso de interacción con el medio (*environment*). Sin embargo, incorpora a su modelo de aprendizaje factores biológicos y Bioquímicos individuales que hacen con que cada uno tenga una propensión distinta para el crimen.

Como se ha puesto de relieve, para la perspectiva biológico conductual, adoptada por JEFFERY, interesa saber el “por qué” mientras gran parte de los ciudadanos aprenden a inhibir conductas socialmente prohibidas algunos individuos no son capaces de hacerlo. Esos poseen déficits en los procesos de socialización, pero cada individuo trae un código biológico que diferencia su capacidad de aprender en un ambiente dado. Para el autor, no hay una “equipotencialidad” para el crimen.<sup>298</sup>

*De otra parte, el modelo de aprendizaje descansa en el principio del aprendizaje operante (aprendizaje por las consecuencias derivadas de la conducta que experimenta personalmente el autor), no en el denominado “clásico”, asociación de estímulos) ni en el vicario u observacional, característico del aprendizaje social.*<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> Vid. JEFFERY, C.R., *Crime Prevention-through environmental design*. 1977, Sage, Beverly Hill, p. 294/300.

<sup>299</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, p. 713.



Por fin interesa resaltar, a título de crítica, que las teorías conductistas, al detenerse en la causa más próxima, aquella que no se deduce de un cuadro de referencia general sino del individuo mismo y del ambiente en el que se verifica su conducta, acuñándose de neutras y progresistas – porque no se interesa por los mecanismos psicodinámicos introspectivos- son, en realidad, tendenciosas a la conformación con las exigencias de control del sistema dominante.<sup>300</sup>

#### 6.5.4. Neutralización (Sykes y Matza)

Constituyéndose, igualmente, un modelo basado en la teoría del aprendizaje, la teoría de la neutralización trae un planteamiento distinto al afirmar que los grupos criminales no poseen un conjunto de valores propio, distinto de los que comparte la sociedad en general, sino que internalizan los mismos valores que tratan, sin embargo, de neutralizar, promoviendo de ese modo la justificación racional de sus conductas.

Del mismo modo que propone el modelo del aprendizaje, para SYKES y MATZA, el crimen también es un comportamiento aprendido. No obstante, los subgrupos criminales no transmiten a sus miembros un modelo intrínsecamente delictivo, con valores, actitudes y técnicas propias, pero si desarrollan formas de neutralización que les permiten olvidarse

---

<sup>300</sup> “Por lo que se refiere a la desviación social, el enfoque conductista no encara las causas generales, ni los modos de manifestación de la conducta no conforme, sino que se detiene en la causa más próxima, es decir aquella que no debe deducirse de un cuadro de referencia general (véase la anomia), sino que puede detectarse directamente en el ambiente en donde se verifica la conducta. Sobre esa causa se puede actuar: el enfoque conductista es el que se vincula más inmediatamente a las exigencias del sistema dominantes para garantizar la conformidad. Mediante la noción de estímulos reforzadores y discriminantes se pueden emplear técnicas de *behavior modification* (modificación de la conducta) actuando precisamente sobre estos mismos estímulos, en cualquier dirección que se desee enderezar la conducta. La personalidad del “desviando” no es por tanto, ni “patológica”, ni sana, etc; simplemente no interesa. Lo que interesa es la conducta, y si se considera que dicha conducta deba ser modificada de alguna manera, bastará usar una técnica avanzada que se base en la teoría de los estímulos. De esta manera, existe tal vez la posibilidad de construir finalmente la sociedad perfecta, la utopía de SKINNER y sin tanto derramamiento de sangre. Las técnicas de *behavior modification* está adquiriendo en Estados Unidos un relieve cada vez mayor, no sólo en las cárceles y en los hospitales psiquiátricos, sino también en las escuelas, tanto con los niños que suelen llamarse “difíciles” como, cada vez con más frecuencia, con todos los niños. Los evidentes peligros del empleo de estas técnicas y de la ideología a la que responden se ocultan, en cierta manera, tras el equívoco de que las mismas se presentan como progresistas, en tanto que no son represivas ni punitivas, ni ligadas a métodos de coerción violenta. Además, estas técnicas se presentan como “neutras”, técnicas, precisamente útiles para resolver algunos problemas apremiantes que ésta, pero también cualquier otra sociedad debe afrontar”. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, p. 839/840.

temporalmente de los valores sociales que tienen como referenciales: los valores de la clase media.<sup>301</sup>

La teoría de la neutralización, que fue utilizada por esos autores para explicar la delincuencia juvenil, trajo a la luz el hecho de que la subcultura criminal no tiene una forma definida. La subcultura criminal es relativamente amorfa. Carece de roles formales y valores rígidos, vertebrándose gracias a una mera tradición oral. En modo alguno representa un todo uniforme y monolítico, autónomo e independiente, que enfrente su propio código normativo al de la sociedad oficial. Antes bien se inserta en un modelo de cultura plural que es a la vez, ética y desviada. De hecho, el joven acusa dicha ambivalencia, oscilando a menudo su conducta de uno a otro extremo, de la conformidad a la rebeldía.

*En la base misma de la subcultura juveniles hallan valores como el amor a la aventura y el peligro, el desprecio a la monotonía cotidiana y la rutina, la ambición por el dinero, como signo de ostentación y gratificación inmediata, el trabajo fácil, la agresividad, etc., que integran la ideología de la leisure class: valores subterráneos de capital importancia, ya que son compartidos por muchos, aunque entren en colisión con los convencionales de las clases medias; y el joven es muy sensible a los mismos si la sociedad no le provee de metas y roles específicos.*<sup>302</sup>

Los autores cuestionan la existencia de una sociedad homogénea basada en los valores de la clase media a los que se contraponen los valores de los grupos subversivos, sosteniendo que lo que hay son unos mismos valores, de amplia aceptación pero que no siempre están en la superficie, muchas veces son subterráneos, pero siempre los mismos tomados como referencia, aunque sea para ignorarlos o subvertirlos, lo que hace que la

---

<sup>301</sup> Cfr. MATZA, D., *Delinquency and Drift*, New York, 1964, J. Wiley Sons; del mismo: *Becoming Deviant*, Englewood Cliffs, 1969, Prentice-Hall; también: *Subterranean Tradition of Youth*, en: *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 1961, (n. 338), p. 102/118; SYKES, G y MATZA, D., *Juvenile Delinquency and Subterranean Values*, en: *American Sociological Review*, XXVI (n. 05), 1961, p. 712/719; de ambos, también: *Techniques of Neutralization: A Theory of a Delinquency*, en: *American Sociological Review*, XXVI (n. 06), 1957, p. 664/670.

<sup>302</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, ob. cit. p. 841/842.

criminalidad sea mucho más una deformación de la sociedad que un cuerpo extraño a la misma.

Se ha observado empíricamente que los jóvenes delincuentes guardaban unas características –como, por ejemplo el complejo de culpabilidad del infractor, el hecho de que éste seleccione sus víctimas, que admire y respete a ciudadanos honestos o que participe de muchas actividades sociales lícitas- que demostraban que ellos compartían los valores de la clase media. Por eso, lo que les diferenciaba de los demás jóvenes era más específicamente el desarrollo de mecanismos de autojustificación capaces de neutralizar los valores y modelos socialmente aceptados o un “conjunto de racionalizaciones estereotipadas del comportamiento ilegal”.<sup>303</sup>

Las técnicas de neutralización serían básicamente cinco: la exclusión de la propia responsabilidad; negación de la ilicitud y nocividad del comportamiento; descalificación de quienes han de perseguir y condenar éste; apelación a la supuesta inexistencia de víctima del mismo, e invocación de instancias y móviles superiores.

Se observó que es muy común la utilización, por parte del que delinque de la exclusión de la propia responsabilidad, imputando la motivación de su acción en causas exteriores a si mismo. El agente afirma haber sido llevado a la práctica de la conducta criminal debido a varias circunstancias que le rodean de modo a evitarse siempre la confrontación con la norma jurídica.

Por parte del que ofende a la norma penal igualmente se nota una postura que niega la nocividad de su comportamiento, calificando él mismo su conducta por veces como un acto necesario, un hecho heroico, un acto de justicia compensatorio de las desigualdades sociales, por veces, redefiniendo el acto con vistas a disminuir su nocividad.

*El lenguaje facilita, también aquí, la buscada degradación del ilícito penal. Un acto vandálico se redefine como una mera*

---

<sup>303</sup> Vid. SYKES, G. Y MATZA, D., *Techniques of Neutralization*, ob. cit., p. 664/670.

*“perturbación del orden”. Un “hurto de uso”, como una toma en préstamo. Una lucha cruenta entre pandillas rivales, como un “conflicto privado”. O una “detención ilegal” cometida por funcionario público, como una mera retención.”<sup>304</sup>*

A menudo ocurre también la negación de la condición de víctima al que sufre la acción del delincuente. Éste trata de descalificarla como siendo alguien que merecía un castigo en función de sus acciones, alguien que hacía daño a la comunidad y por tanto la conducta del infractor ha sido, desde su punto de vista, tan solo una providencia de corrección.

Otro mecanismo de neutralización de la conducta delictiva sería la descalificación de los órganos y agentes de persecución formales. Imputándoles a aquellos una conducta moral despreciable se les quitan cualquier tipo de legitimación de sus conductas como también la intensidad de reprobación de la conducta. En suma, se desvía la atención que en principio estaba centrada en la conducta del autor hacia la conducta descalificada de quienes les está reprochando.

Por fin, los autores identificaron también como característica comúnmente presente en la conducta criminal el reclamo a la instancias superiores, es decir, los delincuentes no actúan con “mala consciencia”, sino creyendo sinceramente en valores éticos superiores que tratan de justificar y calificar a su conducta, como por ejemplo, la solidaridad, el patriotismo y la lealtad a los subgrupos criminales a los que pertenecen.

## 6.6. Explicaciones sociológicas conflictuales

Para las explicaciones sociológicas conflictuales, el orden social está fundado en la fuerza. La sociedad es un sistema conflictual, basado en la coacción que algunos miembros de la sociedad ejercen sobre otros, resultando en una selección de individuos que encuentra respaldo en las normas, criadas con el intuito de garantizar el triunfo de la clase dominadora.

---

<sup>304</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit. p. 843.

Esa última concepción parece surgir del marxismo, según el cual, en último término, la Historia se reduce a la sucesión de diferentes modos de producción y de las relaciones de oposición y lucha entre las clases sociales. Ambos factores conforman la estructura económica y determinan la sobreestructura jurídica y política, que nada más son que el espejo de la dominación de una clase por otra.

Para las teorías del conflicto, la ley penal no es el producto de un consenso de los intereses comunes de una sociedad, sino del poder relativo de los diversos grupos que se sirven del Derecho para el logro de sus intereses privativos o para imponer a los demás grupos sus propios valores morales.

#### 6.6.1. Reacción social (labelling approach)

La teoría de la reacción social (labelling approach)- cuyo origen se verifica en la década de los sesenta, en Estados Unidos,<sup>305</sup> confiere una explicación al fenómeno criminalizante en una sociedad. No sostiene una cualidad negativa de la conducta criminal, pero busca explicar el delito con el estudio del proceso social de definición o selección de ciertas personas y conductas que son etiquetadas como criminales, problematizando la manera como, en una sociedad, se define a alguien o a alguna conducta como criminal.

Mientras para la Criminología Clásica, el delito es una entidad conceptual incuestionable, para el *labelling approach* el delito y el criminal poseen una naturaleza definitoria y social, resultado de un proceso social de interacción.

*La criminalidad no es como un trozo de hierro, como un objeto físico, sino el resultado de un proceso social de interacción*

---

<sup>305</sup> En enfoque criminológico del *labelling approach* se firma en los años sesenta del siglo pasado, con destaque para H. GARFINKEL, E. GOFFMAN, K. ERIKSON, A. CICOUREL, H. BECKER, E. SCHUR, T. SCHEFF y F. SACK. Sin embargo, como puso de relieve GARCÍA-PABLOS, en los estudios de MEAD (1917-1918), THOMAS (1923), TANNENBAUM (1938) y LEMERT (1951) ya se nota significativos antecedentes de la misma. Vid. GARCÍA-PABLOS, A.. Tratado de Criminología, ob.cit., pp. 861/862.

*(definición y selección): existe en los presupuestos normativos, valorativos, siempre relativos, circunstanciales, variables, circunstanciales, de los miembros de una sociedad.*<sup>306</sup>

El crimen integra una realidad social que no tiene un sustrato sólido: las cosas no son como parecen, sino como se las van construyendo en un proceso de incesante interacción entre el individuo y la la sociedad. Según el teorema de Thomas, si los hombres definen situaciones como reales, ellas serán reales en sus consecuencias.<sup>307</sup> Considerando que ni toda conducta desviada recibirá la etiqueta de “crimen”, para el labelling aproach interesa saber quienes y cómo se define la desviación.

No es posible separar el comportamiento humano de los procesos sociales que le originaron. En el proceso de la definición de los crímenes, habrá que llevarse en consideración: 1) Que el ser humano actúa con base en los significados que atribuyen a las circunstancias y a las experiencias; 2) El significado no reside en las cosas mismas, sino que depende de un proceso de constante interacción entre el individuo, los demás y la propia sociedad; 3) El proceso de interacción que acaba por dar significado a las cosas es dinámico, se da por medio de interpretaciones y redefiniciones constantes, lo que conduce a que el individuo sea creador y receptor de significados.

COOLEY nombró como “introspección simpatética” la necesidad de penetrar en el mundo del individuo que realiza el acto desviado, de modo a descubrir que significado tiene para él su propio comportamiento.<sup>308</sup> Desde la ótica del desviado su comportamiento no es ilícito, al elaborar justificativas racionales a su comportamiento, trata de neutralizar el efecto negativo que tiene la reacción social sobre su comportamiento. Mientras continúa llevando a cabo toda suerte de actividades delictivas, el individuo conserva su imagen de “no delincuente”.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tratado de Criminología, ob. cit. p. 860.

<sup>307</sup> Vid. THOMAS, W.I., The Child in America, s/n edición, New York, Ed. Alfred A. Knopf, 1928, p. 572.

<sup>308</sup> Vid. COOLEY, CH. H., Human Nature and the Social Order, Ed. Ch. Scribner's Son, New York, 1902, pp. 84 y ss..

<sup>309</sup> Vid. MATZA, D., Delinquency and Drift, New York, Willey, New York, 1964, p. 29.

El hecho que vino a la luz con la teoría de la reacción social es que en el proceso de definición de las conductas criminales nos encontramos con un criterio altamente selectivo y discriminatorio. Es decir, la probabilidad de ser etiquetado como “criminal” no depende tanto de la conducta en sí como del hecho de pertenecer a un determinado extracto social. De esa manera, las deficiencias del sistema pasan a ser buscadas no en los etiquetados, sino en quienes ejercen el control y de que manera. El desviado es visto como un sujeto pasivo de los procesos de definición y selección<sup>310</sup>.

Esa visión suele ser adoptada por un sector más radical del *labelling approach*, que consideran la reacción social como la causa genuina de la conducta desviada, la fuerza creadora -y no simplemente detectadora, de la criminalidad, hasta al punto extremo de haberse creado la calificación de *moral entrepreneurs* (“gestores de la moral”) para nombrar aquellos que producen las definiciones y etiquetan a los criminales con base en una visión de superioridad de sus propias reglas morales.<sup>311</sup>

Según clasificación y descripción de GARCÍA-PABLOS, los principales postulados de la teoría de la reacción social son los siguientes: interaccionismo simbólico y constructivismo social; introspección simpatizante; naturaleza definitoria del delito; la selectividad y discriminación del control social; el efecto criminógeno de la pena y el paradigma del control.

- *El interaccionismo simbólico y el constructivismo social*: el comportamiento humano es inseparable de los procesos sociales de interacción en la cual no se prescinde del simbolismo. La realidad se construye con base en definiciones y significado implementados a través de complejos procesos de interacción.

- *La introspección simpatizante*: comprendida como técnica de aproximación de la realidad criminal para comprenderla a partir del mundo del desviado y captar el verdadero sentido que el atribuye a su conducta.

---

<sup>310</sup> Vid. HASSEMER, W. Fundamentos del Derecho Penal, s/n edición, Barcelona, Ed. Bosch, 1984, p. 84.

<sup>311</sup> Vid. BECKER, H.S., *Outsiders*, Studies in the Sociology of Deviance, New York, 1963, The Free Press, p. 9 y ss.

- *La naturaleza definitoria del delito*: la conducta no es desviada en sí. El carácter delictivo de una conducta depende de procesos de definición y selección. Como consecuencia, la criminalidad es creada por los sistemas formales de control social.

- *Selectividad y discriminación*: el control social es altamente selectivo y discriminatorio, por eso la probabilidad de ser etiquetado como “criminal” no depende tanto de la conducta en sí como del hecho de pertenecer a un determinado extracto social.

- *Efecto criminógeno de la pena*: la consecuencia de la reacción social exitosa, que es la aplicación de la pena, es altamente criminógena, genera más crimen en lugar de prevenirlo.

- *Paradigma del control*: como la criminalidad no existe antes de la intervención de la norma ni tampoco antes de los procesos de criminalización, es la respuesta formal del sistema penal que asume el papel de agente criminalizador, en la medida en que es el que tiene el poder deber de definir quién será “criminal”.<sup>312</sup>

En síntesis, la reacción social tiene una trascendencia en la vida del individuo clasificado como criminal. En el momento en el que ese mismo individuo pasa por el sistema formal de justicia recibe una estigmatización dentro de la sociedad, que le atribuye el status de criminal. Así, el significado genuino de la conducta criminal va pasando por el concepto que tiene el individuo de sí mismo que, en interacción con la sociedad, va construyéndose y tornándose real. El impacto que tiene el proceso criminalizador en el concepto que el desviado tiene de sí mismo, dentro de un interaccionismo simbólico, es lo que va definiendo las conductas desviadas como criminales. Por fin, en la sociedad existen unas instituciones, llamadas “instituciones

---

<sup>312</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS, A.. Tratado de Criminología, ob.cit. , pp. 861/862.



totales” que nada más hacen que excluir a los etiquetados y consolidar la eficacia definitoria del sistema.<sup>313</sup>

#### 6.6.2. Modelos de Dahrendorf, Vold y Turk

Para DAHRENDORF el estudio del fenómeno criminal no puede ignorar una premisa básica: no hay un consenso social, los cambios de una sociedad provienen de los conflictos, las sociedades existen y se mantienen cohesionadas no por un consenso entre sus miembros sino por un estado de permanente tensión y conflicto que es al mismo tiempo centro y equilibrio del sistema social.<sup>314</sup>

Cuatro postulados resumen su modelo: 1) *Toda sociedad está sometida continuamente a un proceso de cambio*; 2) *Toda sociedad muestra tensiones y conflictos por doquier. El conflicto social es omnipresente*; 3) *Todo elemento de una sociedad aporta su contribución a la desintegración y al cambio de aquella*; 4) *Toda sociedad se basa en la coerción de algunos de sus miembros sobre los otros.*<sup>315</sup>

Con fuerte influencia de Dahrendorf, VOLD sostiene su teoría del conflicto, limitándose, sin embargo, a los conflictos de intereses en grupos determinados (*group conflict theory*)<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> Cfr. GOFFMAN, E., *Asylums*. Garden City, NY, Doubleday Anchor, 1961, para quien instituciones totales son aquellas que abrigan personas que son retiradas del convivio social por considerable espacio de tiempo, compartiendo una situación común, pasando parte de sus vidas en un sitio cerrado y formalmente administrado, como son por ejemplo los manicomios, campos de concentración, manicomios y conventos. El efecto de esas instituciones es la despersonalización del sujeto, fruto de su sumisión a la rigurosa rutina del local.

<sup>314</sup> Cfr. DAHRENDORF, R. *Class and Class Conflict in Industrial Society*, s/n ed., Connecticut, Stanford University Press, 1959; del mismo: *Out of Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis*, en: *American Journal of Sociology* (64), vol. 2, pp. 115 a 127, 1958.

<sup>315</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS, A.. *Tratado de Criminología*, ob.cit. , pp. 893.

<sup>316</sup> VOLD, G., BERNARD, T., SNIPES, J., *Theoretical Criminology*, New York, Oxford University Press, 1998, pp 236/238.

Se fundamentó en la observación de que la sociedad es formada por diversos grupos humanos que, naturalmente, en función de poseer intereses diversos, se ponen constantemente en una relación de conflicto. Sin embargo, el conflicto que existe entre los grupos no es necesariamente perjudicial, también desarrolla entre sus miembros un “espíritu de cuerpo” y solidaridad que sobrevienen sobre todo en momentos difíciles<sup>317</sup>.

El crimen es un reflejo del conflicto existente entre los diversos tipos de grupos existentes en una sociedad. El conflicto entre esas clases existe antes de la promulgación de las leyes, se materializa en la creación de leyes que benefician a unos grupos en detrimento de otros, se prolonga durante el proceso penal y culmina durante el cumplimiento de la pena en prisión.

Por fin, Austin TURK, igualmente influenciado por Dahrendorf, entiende que las relaciones humanas son esencialmente conflictivas y al mismo tiempo dinámicas, interdependientes, estando sometidas a un continuo cambio. Para él criminalización equivale a valoración y atribución de status, asumiendo el enfoque del *labelling aproach*. Propone un modelo basado en las “relaciones de poder” existentes en cualquier sistema económico. Las autoridades buscan que las relaciones de poder que se manifiestan constantemente entre los grupos no sean ni excesivamente coercitivas ni excesivamente igualitarias y consensuales y solo en la medida que logren hacerlo los ciudadanos asumirán pacíficamente los roles sociales provenientes de la autoridad.

## 7. El enfoque en el individuo

Los criminólogos vienen trabajando en la investigación y comprobación de la hipótesis de que es un hecho objetivo, natural, psíquico o biológico, uno de los factores que provoca en los individuos la opción por una vida transgresiva. Un fallo genético, un daño en el tejido cerebral, una insuficiencia hormonal o una psique desequilibrada son posibles causas para la explicación de la conducta del individuo que adopta una conducta antisocial. Al enfocar los estudios criminológicos en el individuo, se parte de la hipótesis

---

<sup>317</sup> VOLD, G., BERNARD, T., SNIPES, J., Theoretical Criminology, ob. cit., 1998, pp 285/286.

de que el comportamiento autodestructivo y destructivo de los demás es una “anormalidad” que tiene un fondo patológico.

Los científicos trabajan para identificar el factor biológico o intrapsíquico del comportamiento transgresivo, como también la posibilidad/imposibilidad de su tratamiento.

### 7.1. Los perfiles criminales de Lombroso

LOMBROSO no fue el único a proponer la hipótesis de que la delincuencia tiene una causa natural. Con él, ya habían levantado esta hipótesis los fisionomistas, los frenólogos y los incipientes psiquiatras de entonces: la ubicación de la capacidad de delinquir se busca dentro de la naturaleza, de la propia biología y psique del individuo delincuente. Él, sin embargo, dio la partida a la escuela positivista criminológica, incentivando que ese estudio se hiciera de forma sistemática, objetivamente demostrable: una tarea que exige sobre todo una fuerte determinación investigativa, la que fue demostrada por él, sobre todo para no sucumbir frente al natural enfrentamiento de una infinidad de errores en la confrontación de las hipótesis. Además, nadie cuestiona que sus estudios tuvieron gran transcendencia en muchas ideas penales actualmente existentes.

Su obra más famosa, *Uomo Delinquente*, es el resultado de muchos años de estudio y verificación de hipótesis (la primera edición publicada en 1876 y la quinta y última en 1896/1897), contiendo la quinta edición todos los tipos de delincuentes por él identificados.<sup>318</sup>

---

<sup>318</sup> En la primera edición del *Uomo Delinquente* (1876) estudia L un solo tipo indiferenciado de criminal, para el que defiende la hipótesis criminogenética atávica. Esta es también la postura que se mantiene en *Uomo 2º*. (1878), puesto que no se dan apenas diferencias entre esta edición y la anterior; de la que viene a ser la segunda, casi una reimpresión. La tercera edición de la Obra presenta el Volumen I en su factura prácticamente definitiva, ya que no ha de sufrir apenas modificaciones en las ediciones posteriores. En ella se expone a fondo el Tipo del Delincuente Nato, diferenciado ya de los restantes. En el aspecto criminogenético, defiende L la hipótesis morbosa, inestable en su contextura y que abandona rápidamente. El Volumen II, en que se recoge la Tipificación Delincuencial lombrosiana, aparece por primera vez y en realidad ya de modo definitivo, en la cuarta edición del *Uomo Delinquente* (1889). Expone también L en esta

Cumple señalar que no era pretensión de Lombroso crear una tipificación delincencial; en las investigaciones llevadas a cabo a lo largo de su vida, va procediendo a la descripción de varios de los caracteres encontrados en diferentes criminales, como si de un tipo unitario de individuo se tratase; solo cuando él rompe con una concepción monolítica del delincuente es que se pasa a ordenar las descripciones en varias categorías de delincuentes.<sup>319</sup>

Aunque sea frecuente encontrar la tipología lombrosiana como categorías precisamente delimitadas, un estudio más profundizado muestra que Lombroso siempre entendió que el crimen, sea cual sea, estaba ligado a un estado morbo, patológico. La diferencia entre los distintos perfiles se daba en una función de gradación y no debido a una diferencia ontológica propiamente dicha entre ellos. Lo que cambiaba era la potencia delictiva de cada tipo, que tenían su origen común en la epilepsia. Cualitativamente, todos

---

*edición su nueva teoría criminogenética que gira alrededor de la epilepsia. Ella le sirve para sintetizar las dos hipótesis criminogenéticas anteriores y para ordenar jerárquicamente los Tipos Delincuenciales alrededor del Delincuente Nato, identificado con el epiléptico. Finalmente, la quinta edición del Uomo delinquente (1896-1897) presenta, además, de los Vols. I e II, que son casi reproducción de los correspondientes de Uomo 3º Y 4º, un Volumen III, del todo nuevo respecto a las dos ediciones anteriores. Pero tal Volumen se limita a desarrollar los capítulos correspondientes de Uomo 1º, con índices de crecimiento del todo paralelos a los de los dos Volúmenes anteriores. Por ello, no se puede hablar en esta parte de la doctrina criminológica lombrosiana de mayor novedad que la que existe en el crecimiento de los Vols. I y II. Es decir, que también en el caso del Volumen III se trata del mero desarrollo armónico y orgánico de la doctrina expuesta por L en la primera edición del Uomo Delinquente. Las diversas traducciones a lenguas extranjeras tampoco permiten hablar de variaciones sustanciales respecto a la edición italiana. Especialmente, hay que rechazar la pretendida variación entre la doctrina expuesta en Uomo 1º y la que se defiende en la traducción del Volumen III de Uomo 5º, publicado por separado y bajo el título de: El Delito. Por lo tanto, el análisis del Volumen III de Uomo 5º y de la traducción del mismo (El Delito), prueban irrefragablemente que, contra lo que han venido afirmando tantos autores, L no varió absolutamente nada en el valor que atribuía a los factores exógenos respecto a la Etiología del Delito. Queda también demostrado en las páginas anteriores que L nunca llegó a publicar el Volumen II del Uomo 3º, ni el Volumen III de Uomo 4º, ni el Volumen IV de Uomo 5º. Como tampoco se encuentra novedad criminológica importante en las obras de L publicadas posteriormente a Uomo 5º, se puede asegurar con certeza que toda su doctrina delincencial se contiene sustancialmente en dicha quinta edición, a la que L gustó en llamar la Editio Princeps del Uomo Delinquente. Vid. LANDECHO, C. M., La tipificación lombrosiana de delincuentes, s/n edic., Madrid, UNED Ediciones, 2004, Tomo I, pp. 234/235.*

<sup>319</sup> Vid. LANDECHO, C. M., La tipificación lombrosiana de delincuentes, ob. cit., Tomo I, p. 272.

los delincuentes se identifican debido al origen morbosos del delito, sin embargo se diferencian en cantidad de capacidad delictiva.<sup>320</sup>

Los factores exógenos al delito tienen mero papel inhibitor o excitante, lo que hace posible que un delincuente nato en un medio inhibitor mantenga latente su potencialidad delictiva y que un delincuente ocasional, debido a los factores ambientales a que haya sido expuesto a lo largo del tiempo, poca diferencia ostente del criminoso nato.

#### 7.1.1. Los Tipos congénitos

Entre los delincuentes congénitos están el delincuente nato, el loco moral y el epiléptico, esos dos últimos son subtipos del delincuente nato.

El criminal nato es profundamente marcado por la herencia y por la falta de sentimientos ante sufrimientos propios y ajenos el incorregible, muy frecuentemente encontrado en las prisiones, pero también fuera de ellas. Ese tipo de individuo ama el mal por el mal, detentor de una insensibilidad moral, una indiferencia completa por la vida de los demás, que le permite planear cada detalle de su crimen, sin cualquier tipo de remordimiento y puede llegar al punto de dormir al lado del cadáver de su víctima, tranquilamente, en la misma habitación, después de haberle quitado la vida.

*¿No confeccionó por sí misma, días antes del crimen, el saco fatal? ¿No engañó a la víctima atrayéndola a sí y ayudando luego materialmente a la perpetración del asesinato? Después del crimen, durmió tranquilamente en la misma habitación, junto*

---

<sup>320</sup> Vid. LANDECHO, C. M., La tipificación lombrosiana de delincuentes, ob. cit., Tomo I, p. 300.

*al cadáver de la víctima (he observado esto también con frecuencia en los criminales de nacimiento).*<sup>321</sup>

No presenta distorsiones en el juicio moral: sabe distinguir perfectamente entre el bien y el mal, sin embargo no le interesa frenar sus impulsos destructivos.<sup>322</sup>

Será el delincuente nato aquél que más sabrá hurtarse a la acción de la Justicia, considerando que debido al perfecto estado de funcionamiento de su mente, su frialdad y ausencia de frenos morales, va a encontrar en la vida social la manera de desahogar sus instintos perversos sin chocar con la ley. La distinción del delincuente nato del loco moral se da en plan de intensidad, la investigación lombrosiana reserva para este último los casos más destacados de perversión y crueldad.<sup>323</sup>

De otra parte, el delincuente epiléptico sería una categoría intermediaria entre el delincuente nato y el loco moral, diverso del primero debido a la incapacidad o capacidad insuficiente de entendimiento y del segundo debido a que sus manifestaciones son más exarcebadas que las del loco moral. Con relación al delincuente epiléptico *no se trata de una mayor*

---

<sup>321</sup> Vid. LOMBROSO, C., Los Criminales, ob. cit., p. 63.

<sup>322</sup> Gabriela Bompard, según el testimonio de su padre, sufrió de convulsiones en su infancia (Brouardel), lo que nos hace suponer la existencia de una antigua meningitis infantil. Aun de niña, tenía un carácter muy raro. Se ha dicho de ella "que era viciosa, embustera, aficionadísima a los hombres y al lujo" (Brouardel). Ella dijo en cierta ocasión a su padre: mejor quiero ir al presidio que coser una camisa, expresión perfectamente acorde con la pereza y el horror del criminal de nacimiento al trabajo. No se quiso casar porque, según decía al autor de sus días, un hombre solo no era bastante para ella. Ella distinguía el bien y el mal, pero no era capaz de refrenar sus malos impulsos. A los doce años, no pudiendo su padre soportarla en casa, la recluyó en un convento de Nancy, y luego en Ipres y Fourmies Permaneció un año en estos lugares hasta que la superiora invitó a su padre a que la reprendiera "por su conducta depravada y por sus propósitos contra las religiosas, los confesores, etc..Entonces se dijo de ella que era tan perdida como una mujer viciosa de 40 años. Salió del convento de Fourmies para ir a Lille (1883), donde se la colocó al cuidado de una institutriz incapaz de sujetarla. Después ingresó en la institución de una monjas de Marf. Luego, expulsada de aquí, estuvo en el convento del Buen Pastor de Arras (segundo semestre de 1883). He aquí la verdadera criminal de nacimiento. Vid. LOMBROSO, C., Los Criminales, ob. cit., p. 65.

<sup>323</sup> Vid. LANDECHO, C. M., La tipificación lombrosiana de delincuentes, ob. cit., Tomo II, p. 170.

*exarcebación de maldad sino de violencia, de agresividad, de explosividad.* El delincuente que alterna una vida normal con estallidos de violencia.<sup>324</sup>

#### 7.1.2. Los tipos no-congénitos

Entre los delincuentes no- congénitos están el delincuente alienado, el pasional y el ocasional.

Uno de los rectos de la teoría lombrosiana fue separar el delincuente normal del loco, es decir, de aquél individuo que padece de desórdenes mentales y que deberían irse a los manicomios y no a las prisiones. Tarea difícil considerando que él creía que el proceso psíquico del crimen siempre iba ligado a una enfermedad.

*Ahora bien, cuando no se observa desórdenes mentales en el delincuente, el proceso psíquico del crimen deberá siempre ser considerado como morboso. Y faltando otras pruebas, se encontrará una de gran valor en la transformación de los procesos psíquicos morbosos por medio de la herencia en virtud de la cual el crimen, la locura y el suicidio se hallan íntimamente unidos entre ellos. Los criminales y los locos pueden descender de individuos propensos al suicidio; los locos pueden engendrar criminales y suicidas; los criminales, en fin, pueden ser padres de suicidas y de locos; frecuentemente sin tipo específico de enfermedad mental, ni de criminalidad. Todo lo cual vale tanto como afirmar que existe la transformación del carácter morboso, pero no la anulación de la esencia morbosa.*<sup>325</sup>

---

<sup>324</sup> Vid. LANDECHO, C. M., La tipificación lombrosiana de delincuentes, ob. cit., Tomo II, p. 177.

<sup>325</sup> Vid. LOMBROSO, C., Los Criminales, ob. cit., p. 82.

Hizo en Italia lo mismo que Pinel hizo en Francia. Como director de un manicomio, diferenció entre aquellos individuos que cometen el crimen porque no tienen la capacidad de querer y entender (locos) y los que tienen intacta esa capacidad.<sup>326</sup> El delincuente matoide, el alcohólico y el histérico son subtipos del delincuente loco, porque en todos se les puede quedar afectada la capacidad de comprensión y entendimiento de sus actos.

En la categoría de los delincuentes pasionales están personas que normalmente son honradas e hipersensibles, con capacidad de culpa y remordimiento, sus crímenes son caracterizados sobre todo por el arrepentimiento, que puede llegar hasta niveles de suicidio. *El pasional no solo procede por un arrebato en un mal momento, sino que dicho modo de ser está profundamente arraigado en su personalidad y sigue haciendo reaccionar a ésta durante toda la vida en un mismo sentido (enamoramiento, suicidio de Quadi aún veinte años después)*<sup>327</sup>.

Por fin, los delincuentes ocasionales son víctimas de un infortunio accidental, delinquen porque no fueron capaces de resistir a las incitaciones del mal, víctimas que fueron de la vida social. El habitual surge del ocasional, por la repetición de actos delictivos.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Tratado de Criminología, ob. cit. p. 462;

<sup>327</sup> Vid. LANDECHO, C. M., La tipificación lombrosiana de delincuentes, ob. cit., Tomo I, p. 269.

<sup>328</sup> *Los criminales de ocasión o criminaloides me han mostrado (como se diría en el lenguaje bacteriológico) atenuados, aunque a pesar de esto bien visibles, los caracteres de los criminales de oficio. En ellos la sensibilidad es menos obtusa, las reflexiones más regulares, las anomalías menos frecuentes, sobre todo en el cráneo; ofrecen, sin embargo, algunos caracteres anormales, tales como los cabellos muy negros de los ladrones domésticos y la zurdes tan común entre los estafadores; en todos se observa una grande impulsividad, y lo que es más digno de tenerse en cuenta, mayor precocidad. También se cuentan entre ellos algunas reincidencias. Será suficiente citar a los ladronzuelos y busconas, que son los que cuentan menos edad y más reincidencias, por consiguiente los menos afectados de los caracteres de degeneración y hereditarios de todos los criminales (dicho criminaloide es un hombre que no se siente arrastrado al crimen más que en las ocasiones solemnes.* Vid. LOMBROSO, C., Los Criminales, ob. cit., p. 57/58.



## 7.2. Especial atención a los “incorregibles”

La Criminología es una disciplina nueva que todavía cuenta con una falta de consenso paradigmático sobre la etiología criminal.

Para el Derecho, el sistema de cumplimiento de penas deberá significar un elemento de incentivo al abandono de las prácticas delictivas. No obstante, hay un cierto consenso sobre una gran dificultad del desarrollo de la función preventivo especial de la pena con relación a una muestra de individuos criminales: los psicópatas. Sus características de personalidad y su capacidad para la manipulación hacen difícil y poco atractiva la empresa del profesional en atenderles.

Esos individuos se caracterizan por una ausencia de culpa o remordimientos, no se ven necesitados de ayuda, ni portadores de cualquier anomalía y, de ese modo, no pueden abrirse para entender o comprender la causa de de su problema, sino todo lo contrario: en sua manera de pensar, problema tienen los demás, ellos mismos tienen una personalidad irretocable.

Su descripción coincide en parte con la del “criminal nato” de Lombroso mencionada anteriormente. También coincide con la “mania sin delirio” de Pinel: *ninguno cambio sensible em las funciones del entendimento, sino perversión de las facultades activas, marcada por uma fúria abstracta y sanguinária, com uma gran propensão a los actos de violência.*<sup>329</sup>

Modernamente, la Sociedad Psiquiátrica Americana editó, en 1952, la primera edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, conocido como “DSM”, refiriéndose a la psicopatía con la expresión “personalidad sociopática”. En su cuarta edición, la psicopatía para a ser nombrada como “trastorno antisocial de la personalidad (F60.2)” asentando la fuerza de la definición en una serie de rasgos de personalidad

---

<sup>329</sup> Vid. PINEL, P., A Treatise on Insanity, s/n edición, printed by W. Todd, for messrs. Cadell and Davies, Strand, London. 1806, translated from the french, by D.D. Davis, M. D., p. 156.

quitando el énfasis en los aspectos conductuales antisociales, incluyendo tanto a los delincuentes comunes reincidentes, con un largo historial delictivo, como también sujetos realmente psicópatas que no demuestran una actividad tan marcadamente antisocial.

Se tornó muy conocida la “Psychopathy Checklist Revised” (PCL-R), una escala de estimación que lleva en consideración 20 ítems para considerar la existencia o no de psicopatía en el individuo, creada por Robert Hare, en 1991. Referida escala, actualizada en 2003, consta de de dos factores: el primero relativo a dimensiones de la personalidad y el segundo abarca los aspectos relacionados con la impulsividad y la conducta antisocial.

Factor I: personalidad		II: desviación social	
1.	Locuacidad/Encanto superficial	3.	Necesidad de estimulación
2.	Grandioso sentido de autovalía	9.	Estilo de vida parásito
4.	Mentira patológica	10.	Escaso auto control
5.	Manipulador	12.	Precocidad en mala conducta
6.	Falta de remordimiento/culpa	13.	Sin metas realistas
7.	Afecto superficial	14.	Impulsividad
8.	Crueldad/ falta de empatía	15.	Irresponsabilidad
16	No acepta la responsabilidad de sus actos.	18.	Delincuencia Juvenil
		19.	Revocación de la libertad condicional
Ítemes adicionales, que no pertenecen a los factores			
11. Conducta sexual promiscua			
17. muchas relaciones maritales breves			
20. versatilidad delictiva			

330

<sup>330</sup> Cfr. HARE. R., The Hare Pyscopathy Checklist Revised, s/n edición, Toronto: Ontario, Multi-Health Systems, 2003.

No es posible desarrollar una estrategia realista y funcional del cumplimiento de penas sin tener en cuenta los hallazgos científicos de la psicopatología, considerando que los psicópatas, por la fuerza de sus convicciones, y su autoretrato irretocable, pueden servir en los más variados contextos, incluso en el contexto prisional, como fuente de inducción de otros males que llevan a la destrucción a otras personas, como depresión y estados de pánico y ansiedad.

## 8. Factores Psicopatológicos

Los factores psicopatológicos consisten en un conjunto de abordajes que focalizan en las explicaciones psicoanalíticas del crimen y en explicaciones del comportamiento criminal de orientación psicológica (estudios sobre la personalidad, inteligencia y aprendizaje, que contemplan el comportamiento criminal como cualquier otro comportamiento humano), investigando los factores que influyen en la formación del individuo que se dedica a la criminalidad.

Evidentemente, ese tipo de estudio no es reciente. Desde hace mucho tiempo GORING (1870-1919) ya se dedicaba al estudio de las características mentales de los individuos que habían sido condenados por la práctica de un crimen, habiendo encontrado un conjunto de características que diferenciaban esos sujetos de los demás, como la epilepsia, la locura y un déficit de instinto social, factores distintivos a los que nombró *defective inteligente*. El trazo determinista es evidente en su teoría, que sostenía un control de natalidad en las familias que poseyera una tendencia a generar hijos con problemas mentales.<sup>331</sup>

La perspectiva psicopatológica lleva en consideración tres enfoques que no deben ser confundidos: el psiquiátrico, el psicoanalítico y el psicológico, aunque todos tengan como objeto de estudio los desequilibrios de las conductas humanas provocados por problemas existentes al nivel de la

---

<sup>331</sup> Cfr. GORING, C.B., *The English Convict, a statistical study*, s/n ed., Londres, Ed. Darling and Son Ltda., 1913.

mente, cada uno se acerca a su objeto de estudio desde una perspectiva distinta.

*La psiquiatría es una rama de la Medicina que se ocupa del hecho psíquico morboso, del hombre psíquicamente enfermo. En consecuencia, tiende a la adopción de una perspectiva “clínica”, y a contemplar el comportamiento delictivo como productos de trastornos de la personalidad o incluso de patologías de diverso orden (enfermedad mental).*

*La Psicología, por el contrario, es una de las ciencias que estudia el comportamiento humano, la conducta; por tanto, el comportamiento criminal se analiza como cualquier otro comportamiento: interesa explicar el proceso de adquisición de ciertos modelos o patrones de conducta, resaltando los factores y variables que refuerzan bien el comportamiento conformista, bien la conducta antisocial. En la medida en que la Psicología se consolida como disciplina “empírica”, es lógico que muchos de sus representantes sean más partidarios del laboratorio y del experimento que de la clínica y de la observación.*

*El Psicoanálisis, por su parte, ve en el crimen un comportamiento funcional y simbólico, expresión de conflictos psíquicos profundos (y pretéritos) –de desequilibrios de la personalidad- que sólo introspectivamente, ahondando en el inconsciente del individuo, pueden desvelarse. La teoría psicoanalítica, unida en sus orígenes al examen de concretas patologías (neurosis, histerias), ha creado un entramado teórico complejo, capaz de explicar el comportamiento en términos muy semejantes a las enfermedades mentales, por lo que no puede extrañar su significativa influencia en la moderna Psiquiatría y que sirva de puente entre ésta y la Psicología.<sup>332</sup>*

Mientras la Psiquiatría se interesa por la persona mentalmente enferma, la psicología investigará la conducta humana en general y el psicoanálisis los procesos dinámicos que influyen en el funcionamiento de la

---

<sup>332</sup> vid. GARCÍA PABLOS, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 601/602.

mente. Así, en cuanto el enfoque psiquiátrico y el psicoanalítico analizan el comportamiento del criminal como un disturbio o enfermedad, la psicología se encargará de analizarlo como cualquier otro comportamiento humano.

### 8.1. Los procesos intrapsíquicos

El estudio criminológico de los procesos intrapsíquicos del individuo recibió su base fundamental en el psicoanálisis, pero no se limita a él. Eso porque con el avance de la ciencia psicoanalítica van surgiendo varias “criminologías psicoanalíticas” que proponen incluso dejar de lado la teoría original.<sup>333</sup>

FREUD creía haber destruido el mito de la superioridad del ego, la falsa creencia de que el Ego es el señor de su propia casa.<sup>334</sup> Así, para el psicoanálisis es el inconsciente – constituido por la fuerza de los instintos, los impulsos reprimidos resultado de las experiencias traumáticas de la infancia-, y no el ego, la causa más extensa y más poderosa de la vida psíquica, manifestándose por intermedio de los sueños, síntomas patológicos (como psicosis y neurosis), actos fallados, etc.

---

<sup>333</sup> Adler, por ejemplo, se opuso al determinismo monista de FREUD, contraponiéndole la idea de finalidad (el “plan de vida” al que obedecería todo individuo, a partir de la infancia. En lugar de la libido, como instituto fundamental, enfatizó la voluntad de poder; y en lugar del complejo de Edipo, puso el complejo de inferioridad. También Jung cultivó, hasta la ruptura, la heteroxia y la innovación quitado de los instintos su carga exclusivamente sexual e introduciendo conceptos nuevos como el de sombra, persona inconsciente colectivo, etc. Las divergencias han ido expandiéndose y multiplicándose a medida en que crecía la distancia con relación a Freud. Margaret Mead, por ejemplo, intentó integrar la teoría psicoanalítica con la idea de cultura como elemento autónomo y decisivo en la formación de la personalidad y en la génesis del conflicto (v.g. el conflicto entre generaciones. Con otros autores, designadamente con E. Fromm- ganó el psicoanálisis una sociológica y política. Fromm, que recurrió al psicoanálisis -y al marxismo- como instrumentos de análisis y contestación, abandonó el fijismo y el pesimismo del psicoanálisis más ortodoxo. De una parte, puso en evidencia la historicidad y la variabilidad (en sus contenidos, relaciones recíprocas, etc) de conceptos como los de neurosis, angustia, represión, instintos, necesidades en función del modelo de sociedad en causa, lo que le permitió lanzar la idea de un psicoanálisis de la sociedad contemporánea. Vid. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge y DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, ob.cit., p.188. Vid. también, GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, ob. cit. p. 610.

<sup>334</sup> Vid. FREUD, S., “Las resistencias contra la psicoanálisis” in FREUD, S. , *Obras Completas*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1968, III, p 73 y ss.; S. FREUD, “Una dificultad de Psicoanálisis”, *Ibidem*, II, pp. 1108 y ss.

También se fundamenta el psicoanálisis en el reconocimiento de que la personalidad no constituye una estructura homogénea sino dividida en tres instancias distintas, tanto cualitativa como funcionalmente: El “Ello”, la fuente de los instintos y de la energía que permite que opere el “Yo”; en el polo opuesto, el “Superyo”, agencia de censura de las pulsiones instintivas del “Ello”; y, por último, el “Yo”, instancia intermediaria, sujeto a las fuerzas opuestas del “Ello” y del “Superyo”, como también a las limitaciones de la realidad.

El modelo general psicoanalítico se refiere al crimen como la quiebra del poder del “Superyo” con relación al “Yo” que, de esa manera, pasa a ceder a los impulsos del “Ello”. Con independencia de cual sea el tipo del crimen, la función de ello sería satisfacer simbólicamente los instintos provenientes del “Ello”. No obstante, en el individuo respetador de las normas no se verificaría la manifestación de hechos considerados criminosos. En él, aunque también existiera una criminalidad latente, derivadas de los instintos del “Ello”, esta no llevaría a la concreción de un comportamiento criminal.

La criminalidad latente se manifiesta en el individuo por fantasías de índole criminosa, que podrían ser pasivas o activas. Las primeras estarían relacionadas con el hecho de imaginarse, pormenorizadamente, un acontecimiento que resultara en la muerte accidental de una persona a la que odiase. Las segundas, nombradas activas, consistirían en que alguien imaginase ser él mismo el desencadenante del accidente mortal.

El psicoanálisis, entonces, afirma que dentro de cada individuo habita un potencial criminal que, en algunos casos, avanza hacia la concretización del delito y en otros casos no pasa de la imaginación de fantasías criminales.<sup>335</sup>

Según la teoría psicoanalítica, los actos humanos son motivados por dos instintos contrapuestos, uno (Eros) corresponde a la pulsión de vida y otro (Tánatos) a la pulsión de muerte. El desarrollo de la personalidad del individuo pasa por etapas que van ligadas a las etapas del desarrollo sexual (la oral, la anal, la fálica, la de latencia y la genital). Los desequilibrios

---

<sup>335</sup> Vid. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge y DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, ob.cit., p.194/195.

psicopatológicos que se presentan en la edad adulta son resultado de su fijación en un estadio anterior, sea por frustración, sea por exceso de gratificación, ocurrido durante la infancia, periodo en el que se molda la personalidad.

El hombre es un ser asocial, por eso la denominación de “perversos polifórmicos” que el psicoanálisis da a los niños y la causa del crimen es, en última instancia, social. Es decir, la criminalidad representa el precio pago por la domesticación de un animal salvaje por naturaleza.<sup>336</sup>

En realidad, sobre la criminalidad *tal vez la referencia expresa y más significativa al mismo se encuentra en un conocido pasaje que relaciona ciertos comportamientos delictivos con un poderoso sentimiento de culpa (sense of guilty); sentimiento inconsciente derivado del complejo de Edipo que precedería y explicaría la propia comisión del hecho criminal; sería, pues, la causa de éste, no su resultado.*<sup>337</sup>

No obstante, la teoría psicoanalítica tiene gran interés para la criminología porque aborda aspectos y dimensiones del hecho delictivo con singular fortuna. Resultado del desarrollo del modelo psicoanalítico originario – el criminal es el individuo que sucumbe a los impulsos antisociales del “Ello”- los planteamientos de los discípulos de Freud aportaron significativos estudios respecto al comportamiento criminal. Ejemplo de ellos son los estudios de F. ALEXANDER y H. STAUB que, en 1929, publicaron la obra “El delincuente y sus jueces”, una clásica obra de la doctrina psicoanalítica en la que se encuentran la distinción entre dos grupos de criminales: los crónicos y los situacionales, estando estos últimos subdivididos en tres categorías: los neuróticos, los normales y los enfermos.<sup>338</sup>

Siendo un nuevo modelo de reflexión sobre la civilización, el psicoanálisis apunta sugerencias de índole de política criminal, como el sentido de inadecuación de la pena para muchos casos de criminales. Para

---

<sup>336</sup> Vid. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge y DA COSTA ANDRADE, Manuel, Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena, ob.cit., p.191.

<sup>337</sup> Vid. GARCÍA PABLOS, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 683.

<sup>338</sup> Cfr. ALEXANDER, F./ STAUB, H., Le criminal et sus juges, Paris, Gallimard, 1934( trad. Libre).

ellos, la reacción al crimen no debe ser medida según una pretensa responsabilidad criminal, sino con base en un adecuado diagnóstico y tratamiento psicoanalítico: en primer lugar, se debe “abolirse todas las penas y sustituirlas por una educación o tratamiento fundados sobre el psicoanálisis”<sup>339</sup>.

Sin embargo, en la perspectiva freudiana la pena tiene una *función primordial de legitimación del orden vigente, la manutención de la estabilidad y de la paz social. Con la punición pretende la sociedad apoyar y reforzar el Ego social, auxiliándole en el dominio de sus instintos. Lo que se puede conseguir por vía directa, castigando el delincuente, o por vía indirecta, castigando a los demás: El castigo de los elementos asociales reconfortará los miembros de las mayorías obedientes a la ley, confirmando sus posiciones de seres “normales” y “morales”. La pena tiene, así, una función de evitar el contagio del crimen.*<sup>340</sup>

La pena tiene por tanto una importante función de manutención de la estabilidad social y legitimación del orden jurídico vigente debido a que es un eficaz instrumento de control de los instintos del ego social, apoyando y reforzando éste en la medida que el castigo de los “asociales” es responsable por mantener la sensación de normalidad y moralidad de la mayoría obediente a la ley, impidiendo el contagio de las conductas antisociales.

## 8.2. Orientaciones psicologicistas

Son muchas las orientaciones psicológicas que buscan una explicación al comportamiento criminal: se puede hablar en teorías del aprendizaje, modelos conductistas, teorías cognitivas y modelos de rasgos o variables de la personalidad.

En los modelos psicologicistas del aprendizaje se observará un énfasis en el estudio de la influencia que ejerce el grupo sobre el individuo.

---

<sup>339</sup> Cfr. ALEXANDER, F./ STAUB, H., *Le criminal et sus juges*, Paris, Gallimard, 1934, p. 236, trad. libre.

<sup>340</sup> Vid. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge y DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, ob.cit., p.203, trad. libre.



La hipótesis de que todo comportamiento criminal resulta de la conformidad del individuo con los comportamientos asumidos por el grupo con el que se relaciona. Es la imitación/conformidad con los comportamientos transgresivos como el consumo de drogas, el robo, el abandono escolar, uno de los factores responsables por la formación de una carrera criminal.

Sostienen que la posibilidad de un individuo comportarse de una determinada manera, formando un hábito, será determinada por las experiencias que tuvo y las recompensas que ha recibido en función de determinada forma de actuar, construyendo así una jerarquía de hábitos según la cual orientará su comportamiento. Además, también influye en la formación de la jerarquía de hábitos el contexto social con las posibilidades de refuerzo/supresión que ofrece a la conducta transgresiva.

BANDURA, focalizando en el estudio de cómo se aprende el comportamiento criminal, destaca que “las personas no están equipadas con un repertorio innato de conductas. Tienen que aprenderlas. Las pautas de respuesta nuevas pueden adquirirse por experiencia directa o por observación”<sup>341</sup>. Sin embargo, el concepto “aprendizaje social” sugerido por el autor surge como una opción integradora entre un ambientalismo radical y un constitucionalismo extremo. Para él, “las personas no están ni impulsadas por fuerzas internas, ni en manos de los estímulos del medio. El funcionamiento psicológico se explica más bien en términos de una interacción recíproca y continua entre los determinantes personales y ambientales.”<sup>342</sup>

Para él, el individuo orienta sus acciones no sólo con base en un sistema de ensayo-error propio, cuando se efectúan respuestas y se experimentan los efectos relativos a sus propias acciones (“aprendizaje operante”), pero también, y fundamentalmente, con base en la observación de los éxitos y equivocaciones de los otros (“aprendizaje vicario”): “Efecto que también tiene lugar con relación a las conductas delictivas: cuando otras personas participan en actividades placenteras, inhibidas por prohibiciones sociales, y dichas actividades no se castigan, el efecto que se produce en los observadores es el de incrementar la tendencia a acciones semejantes y en el

---

<sup>341</sup> BANDURA, A., *Teoría del aprendizaje social*, 2a. edición, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1982, p. 31.

<sup>342</sup> Vid. GARCÍA PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, ob.cit., p. 716.

mismo grado observado en los modelos que han recibido recompensas”.<sup>343</sup> Del mismo modo, un clima generalizado de infracción e impunidad incrementará la aparición de la conducta prohibida en los observadores.

También determinarán el comportamiento del ser humano, completando el aprendizaje social, su actividad simbólica y su capacidad auto-regulatoria, siendo aquella su pensamiento reflexivo – el procesamiento de sus propias experiencias y formación de representaciones que le servirán como guía- y esta última la posibilidad que tiene el hombre de ejercer un control sobre su propia conducta.

Desde otra perspectiva, la biológico conductual, no interesa la cuestión de cómo se aprende el comportamiento criminal, ya que para este tipo de comportamiento no se requiere ni técnicas ni habilidades especiales. Interesa sí el “por qué” mientras gran parte de los ciudadanos aprenden a inhibir conductas socialmente prohibidas algunos individuos no son capaces de hacerlo (los criminales). Parece ser que estos individuos, entonces, poseen fallos o deficiencias en el proceso de socialización.<sup>344</sup>

Las teorías del desarrollo moral y del proceso cognitivo atribuyen a determinados procesos cognitivos la explicación del comportamiento criminal, como el grado de desarrollo y evolución moral del mismo, su percepción subjetiva del mundo, valores, normas y otras variables cognoscitivas de la personalidad.<sup>345</sup>

Por fin, en la actualidad existen las teorías de los rasgos o variables de la personalidad que tratan de identificar dimensiones de la personalidad del criminal de validez transituacional- como es la introversión-extroversión, el locus de control, la esperanza-desesperanza, impulsividad, ansiedad, inteligencia, etc- que son independientes de otras variables e identificadas a través de cuestionarios como el MMPI (en inglés: *Minnesota*

---

<sup>343</sup> BANDURA, A., Teoría del aprendizaje social, ob. cit., p. 146.

<sup>344</sup> GARCÍA-PABLOS apunta a Eysenck, Trasler y Jeffery, como los principales representantes del conductismo, vid. GARCÍA PABLOS, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 705/713.

<sup>345</sup> GARCÍA-PABLOS apunta a Piaget y Kohlbert como principales representantes de las teorías cognoscitivas. Vid. GARCÍA PABLOS, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 724/725.

*Multiphasic Personality Inventory*) modelos objetivos de medición, con el objetivo de verificar hasta que punto el comportamiento criminal se halla asociado a determinadas características.

La realidad es que el modelo factorialista de análisis de la personalidad criminal ha producido una infinidad de producciones científicas que, según GARCÍA-PABLOS, “ni siquiera es posible dar cuenta”<sup>346</sup>. No hay un consenso paradigmático sobre cuales son precisamente las características psicológicas que identifican el individuo criminal, ni siquiera se afirma con seguridad que existen determinadas características exclusivas de la personalidad criminal.

---

<sup>346</sup> Argyle, por ejemplo, ha llegado a la conclusión de que en el delincuente suelen coincidir alguno o algunos de los siguientes rasgos: conciencia débil y escaso sentimiento de culpa; actitud de rechazo hacia la autoridad y tendencia al agrupamiento con otros delincuentes; impulsividad y mínimo autocontrol; agresividad y percepción inadecuada de los sentimientos de los demás; Yates ha acentuado otras variables de la personalidad, propias del delincuente: una orientación vital hacia el presente; mayor impulsividad; bajo nivel de ansiedad, alto nivel de extraversión y alto índice de idiosincrasia. Por su parte, Waldo y Dinitz- como Pérez- después de revisar un elevado número de estudios, encontraron índices significativos de diferencias entre el grupo criminal y el no criminal, si bien los resultados dependían de la naturaleza más o menos objetivas de la técnica empleada: las pruebas de rendimientos, por ejemplo, discriminaban menos que las objetivas, y éstas menos aún que la proyectivas. Los autores concluyeron que las pruebas de personalidad sirven más para detectar rasgos de personalidad diferenciales entre subgrupos de delincuentes que entre éstos y los no delincuentes. Conclusión que comparte PERÉZ. RIVAS – y sus colaboradores- mantienen una postura igualmente escéptica, de reserva, al no haber podido comprobar la existencia de factores de personalidad específicos en los delincuentes. En un estudio de contrastes realizado por los mismos, parece observarse que son aspectos globales y covariaciones – no rasgos singulares de la personalidad- donde quizá se trazan las diferencias. Vid. GARCÍA PABLOS, A., Tratado de Criminología, ob.cit., p. 731.

### 8.3. Factores biosociales

La búsqueda por determinantes biológicos del comportamiento criminal empieza ya en las primeras construcciones teóricas de la criminología científica. En mayor o menor intensidad será posible identificar en las teorías biologicistas de la criminalidad la premisa de que el hombre que delinque es biológicamente distinto del que cumple las normas. Partiendo de esa premisa, se dará una búsqueda por un trastorno, una anomalía, una deficiencia orgánica responsable por dicha distinción. No obstante, este paradigma determinista del ser humano se encuentra en crisis.

*Ha entrado en crisis el arquetipo del ser humano de las teorías radicales, del determinismo biológico –fiel y natural aliado del pesimismo antropológico-: un ser humano preso de su herencia, esclavo de su pasado de la carga genética y biológica que recibe y hace del mismo un producto terminado; un ser encerrado en sí mismo e incomunicado respecto a los demás, mero objeto de la historia e incapaz de decidir por sí y transformar la sociedad que le condiciona.*<sup>347</sup>

Esa manera de pensar el fenómeno del crimen, desde el punto de vista determinista y biológico viene sufriendo un progresivo descrédito científico en lo que se refiere al reduccionismo del positivismo científico puro, que compromete la validez de esas teorías aplicadas al comportamiento humano. Hay un consenso científico actual en el sentido de que las predisposiciones biológicas no actúan solas, siendo fuertemente influenciadas por la educación y el ambiente. Impera el paradigma biopsicosocial: de acuerdo con él, no existe una delincuencia, ni genética, ni biológicamente determinada. Es posible por ejemplo que el individuo presente ciertas tendencias agresivas que, dependiendo de la concreta interacción entre individuos que se produzca en un ambiente determinado, no lleguen a manifestarse en forma de comportamiento violento.

En tiempos más remotos, la antropometría, la antropología y la biotipología ya predicaban un origen biológico al comportamiento criminal.

---

<sup>347</sup> Vid. GARCIA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 308.

En la actualidad, con una visión probabilística e interaccional, en la neurociencia, endocrinología, en la bioquímica, en la sociobiología y en la genética criminal se desarrollaron investigaciones sobre el origen biológico de la transgresión a la norma.

### 8.3.1. Antropometría, Antropología, Biotipología

BERTILLON (1857-1914), en su tiempo, imaginó que los criminales podrían ser identificados por sus medidas antropométricas, como la estatura, la longitud de la cabeza, la del dedo medio, la máxima de los brazos, etc, idealizando un complejo sistema en el que las fotografías de los delincuentes unidas a sus medidas corporales servirían como instrumentos de identificación de ellos.<sup>348</sup>

*Ciertamente el bertillonage despertó numerosas críticas y rechazos, pero acabó siendo adoptado por la policía y los presidios de todo el mundo.*<sup>349</sup>

En la antropología se destacaron GORING (1870-1919), médico de prisiones inglés<sup>350</sup> y E. A. HOOTON (1887-1954), antropólogo de

---

<sup>348</sup> Cfr. BERTILLON, A., Identificación Anthropométrique: instructions signalétiques, Melun, Impr. Administrative, 1893.

<sup>349</sup> Vid. GARCIA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 308.

<sup>350</sup> Cfr. GORING, C.B., The English Convict, a statistical study, s/n ed., Londres, Ed. Darling and Son Ltda., 1913. The "English Convict" es un estudio biométrico, con sólido respaldo estadístico, con el que GORING respondía a un célebre reto de Lombroso. Para el autor, Lombroso se sirvió de un método anatómico patológico, basado en la observación directa, pero sin instrumentos de medición objetivos, infiriendo, en consecuencia, la supuesta normalidad o anormalidad del individuo de los estigmas así detectados. En su lugar, Goring se mostró partidario de un método estadístico, que podría ofrecer mediciones precisas y fiables, con independencia de posibles prejuicios del investigador. Sus conclusiones fueron dos: en primer lugar, que carecían de fundamento científico la tesis lombrosiana del delincuente como tipo físico, sui generis, en sentido antropológico. Goring no encontró estigmas degenerativos ni diferencias sensibles entre el grupo criminal y el no criminal. En segundo lugar que sí había base empírica para mantener la inferioridad del criminal y el carácter hereditario de ésta. Ahora bien, según Goring dicha inferioridad – y el déficit psíquico de inteligencia- no debía interpretarse en sentido patológico, como expresión de anormalidad en el delincuente. Vid. GARCIA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 310.

Harvard<sup>351</sup>, el primero por contestar el paradigma del tipo físico del criminal y el segundo, yendo por la dirección contraria, acercándose a la doctrina lombrosiana, insistiendo en la descripción de categorías degenerativas en los criminales que no solo les diferenciaban de los ciudadanos cumplidores de normas, sino también entre identificando y describiendo trazos que diferencian cada subgrupo de delincuente entre sí.

La biotipología va a predicar la existencia de una correlación entre la estructura física y psicológica del individuo, es decir, a cada tipo físico o corporal corresponde unos rasgos temperamentales y caracterológicos propios. Son inúmeros los científicos que se dedicaron a éste tipo de investigación e inúmeras las clasificaciones que de ahí resultaron, destacándose sobretodo las escuelas Alemana e Americana.

En la escuela Alemana, KRETSCHMER (1888-1964) elaboró una doble tipología, identificando los tipos físicos constitucionales y los tipos temperamentales, clasificando en la primera vertiente el leptosomático, el atlético, el pícnico, el displático y el mixto y, en la segunda vertiente los tipos esquizotímico, ciclotímico y viscoso, trazando las correlaciones e independencias entre unos y otros tipos. Sin embargo no tenía pretensiones causales o etiológicas, limitándose a demostrar una afinidad estadísticamente comprobada entre caracteres físicos y caracteres comportamentales. No ha trabajado con la hipótesis de un tipo somático de delincuentes.<sup>352</sup>

---

<sup>351</sup> Cfr. HOOTON, E. A., Los primitivos habitantes de las islas canarias, 1ª. ed., Santa Cruz de Tenerife, Idea, 2005, trad. Y notas de Emilio Abad Ripoll. *Los delincuentes, según la investigación de Hooton, serían inferiores a los no delincuentes en casi todas las medidas corporales. Y algunos rasgos físicos reflejarían fielmente la inferioridad constitucional de éstos: poca frente e inclinada, cuello largo y delgado, hombros caídos, labios finos, breves ángulos mandibulares, maxilares poco ajustados, muy perceptible punto de DARWIN, orejas pequeñas con el borde del pabellón auditivo ligeramente enroscado, rostros tensos, mandíbulas estrechas, secreción nasal muy abundante, predominio de ojos azul-grisáceos, escaseando los ojos azules y oscuros, con pliegues pronunciados y cejas poco pobladas. El tatuaje, por último, sería más frecuente entre los delincuentes.(...)HOOTON, además, creyó poder constatar una clara correlación entre determinadas características físicas y las diferentes clases de delincuentes: así, los individuos altos y delgados serían proclives a la comisión de asesinatos y atracos; los altos y corpulentos, homicidios, falsificaciones y estafas; los bajos, hurtos y desvalijamientos; los bajos y gruesos, violaciones y abusos sexuales, etc. Vid. GARCIA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 311.*

<sup>352</sup> Cfr. KRETSCHMER, E., Constitución y Carácter: investigaciones a cerca del problema de la constitución y de la doctrina de los temperamentos, s/n ed., Barcelona, Edit. Labor, 1947.

La escuela americana, al revés, ha encontrado una nítida diferencia entre los individuos criminales y los no criminales. Basada en el desarrollo del blastodermo, unidad celular originaria, se subdividió la población general en tres tipos según el predominio del desarrollo de cada una de las capas concéntricas que forman el blastodermo (endodermo, mesodermo, ectodermo). Así en el individuo endomorfo, se percibe el predominio de las vísceras digestivas; en el mesomorfo, el de los huesos, músculos, tendones, sistema motor; y en el ectomorfo del tejido nervioso, piel. Terminan por concluir que se nota entre los delincuentes la predominancia del tipo mesomórfico, cuyo temperamento se les nota más agresivo, dotados de más energía y con una necesidad más elevada de éxito y poder que los no criminales.<sup>353</sup>

### 8.3.2. Neurociencias

Un hecho ocurrido en Vermont, EUA, a los mediados del siglo XIX, dejó evidente de manera muy clara la asociación entre una lesión cerebral y el comportamiento moral:

*Phineas Gage trabajaba en una estrada de hierro. Era un sujeto apreciado por todos, buen trabajador y excelente jefe de familia. En 1848, una explosión en el sitio de trabajo provocó que una barra de hierro perforase su cerebro en la región nombrada córtex prefrontal. De manera asustadora, Gage no perdió la consciencia y sobrevivió a la herida si cualquier secuela aparente. Él caminaba normalmente y sus memorias estaban preservadas. Sin embargo, con el paso del tiempo, Gage se volvió otra persona: indiferente afectivamente, sujeto a ataques de ira y sin cualquier educación con las personas a su alrededor. Gage nunca más ha sido el hombre que todos admiraban, el hombre “antes de accidente”. No obstante nunca haya asesinado*

---

<sup>353</sup> GARCÍA-PABLOS apunta a W. Sheldon, el matrimonio Glueck y J.B. Cortés como principales representantes de la escuela americana. Vid. GARCÍA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 315.

*a nadie, su vida fue una patética sucesión de subempleos, peleas, borracheras y pequeños golpes.* <sup>354</sup>

Otros estudios identificaron en el cerebro de los criminales alteraciones detectadas en el EEC- electroencefalograma y en nuevas técnicas de imágenes neurológicas (RMf y PET).

Así, son muchas las investigaciones que correlacionan disfunciones cerebrales a determinadas conductas delictivas o desviadas (como la psicopatía, la criminalidad violenta, el suicidio), algunas veces acompañadas de entrevistas de contenido psicológico. Merece destaque el trabajo de MONROE, publicado en 1970, que consistió en el análisis de casi un centenar de criminales cuyas sentencias fueron sustituidas por un tratamiento de duración indeterminada, llegando él a la conclusión de que el comportamiento agresivo estaba relacionado a alteraciones presentadas en el EEG (cicatrices y marcas de nacimiento) <sup>355</sup>.

Las investigaciones han hallado repetidamente la existencia de una perturbación en el funcionamiento del sistema nervioso central que puede estar relacionada con la conducta antisocial. Los psicópatas, hoy caracterizados por poseer una estructura de personalidad voltada a comportamientos antisociales -según la clasificación del DSM-IV-TR (301.7),

---

<sup>354</sup> Vid. BARBOSA SILVA, A. B., *Mentes perigosas, o psicopata mora ao lado*, s/n edición, Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2008, p. 158.

<sup>355</sup> Cfr. MONROE, R. R.; BALIS, G. RUBIN, J.; LION, J.; HULFISCH, Mc DONALD, M.; BARCIK, D.; *Neuropsychiatric Correlations with Antisocial Behavior*, en CICRIB, 1975, Sao Paulo. MONROE *llegó a dos conclusiones: en primer lugar, la evidencia de disfunciones neurológicas en sujetos no considerados anteriormente como afectados por las mismas; en segundo lugar, que solo una parte mínima de los analizados acusaron tales anomalías en el lóbulo temporal, lugar convencionalmente considerado como el centro de la agresividad. A juicio de MONROE, el grupo que manifestaba anomalías en el EEG era el más agresivo, antisocial y conflictivo de la institución, presentando más cicatrices y marcas de nacimiento que el grupo con un EEG regular. A la tesis de MONROE se ha reprochado por algún autor, SILVERMAN, que tales anomalías serían producto de la prisionización – consecuencia, por tanto, y no causa-, al haberse detectado semejantes irregularidades o disfunciones electroencefalográficas en enfermos esquizofrénicos hospitalizados por largo tiempo. Vid. GARCIA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 320.*



CIE-10 (F60.2), han mostrado repetidamente que tienen unos bajos niveles de ansiedad cuando son sometidos a eventos estresantes.<sup>356</sup>

Cuando sometidos a una evaluación por el EEG, indicadores como la respuesta psicogalvánica y la presión arterial indican que el Sistema Nervioso Autónomo de los psicopatas tienen un bajo nivel de activación, algo parecido como un retraso madurativo en el funcionamiento cerebral, lo que provocaría dos efectos que favorecen la transgresión a la norma: una necesidad constante de estimulación y la ausencia de miedo y ansiedad cuando se anticipa las consecuencias del delito. Esta condición se presenta en muchos niños diagnosticados de hiperactivos, lo que explica el que muchos psicopatas hayan sido diagnosticados de esta forma en su niñez.<sup>357</sup>

Investigaciones recientes realizadas a través de la utilización de aparatos con tecnología de neuro imagen (resonancia magnética funcional-RMf) indican que deficiencias funcionales y estructurales en los lóbulos frontales y temporales de los agresores violentos y psicópatas: los resultados apuntaron para una respuesta débil en los mismos circuitos, en ellos llegan menos informaciones del sistema afectivo/límbico (amígdala) para el centro ejecutivo del cerebro, lo cual, sin datos emocionales prepara un comportamiento lógico, racional, pero desprovisto de afecto.

*En primer lugar, los pacientes que tienen lesiones prefrontales no tienen respuestas anticipatorias de tipo autónomo cuando efectúan elecciones arriesgadas y, además, hacen malas elecciones aun sabiendo cuál es la opción más ventajosa. Probablemente, esta incapacidad de razonar y decidir por las opciones ventajosas es algo que contribuye a la impulsividad, la transgresión de normas y la conducta imprudente e irresponsable...*

---

<sup>356</sup> Cfr. HARE, R. y SCHALLING, D. (Eds), *Psychopathic behavior: Approaches to research*, s/n edición, New York, Wiley, 1978.

<sup>357</sup> Cfr. EYSENCK, H.J., *Crime and Personality*, 1954, Boston, Houghton Mifflin, pp. 11/119, cuyos estudios revelan también alteraciones en el sistema nervioso autónomo, lo cual se presenta menos sensible al ruido y al dolor en el individuo considerado psicópata, hecho que dificulta una reacción de ansiedad frente a la anticipación mental de la posibilidad del castigo y una mayor indiferencia al proceso de socialización. Más recientemente: WILSON, J. Q., y KELLING, G. L., *Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime*, s/n edición, New York, ed. Simon & Schuster, 1998.

*En segundo lugar, la corteza prefrontal es una parte fundamental del circuito neural clave para el condicionamiento del miedo y la capacidad de dar respuesta al estrés. Se considera que el condicionamiento pobre está relacionado con un desarrollo escaso de la conciencia, y que es difícil socializar en el castigo a aquellos individuos cuya capacidad de responder automáticamente a los estímulos aversivos es menor, por lo que estarán predispuestos a comportarse antisocialmente. Una serie de experimentos han confirmado reiteradamente que los grupos antisociales presentan un bajo condicionamiento del miedo.*

*En tercer lugar, la corteza prefrontal está envuelta en la regulación de la activación, y se piensa que, precisamente, son deficiencias en la activación del sistema nervioso y central las que llevan a los sujetos antisociales a buscar estimulantes que compensen esa baja activación.*<sup>358</sup>

Considerando estos resultados, se abre la discusión sobre el mínimo efecto que tiene el castigo tradicional sobre algunas especies de delincuente, equiparándoles a los inimputables, lo que obligaría a someterlos a un tratamiento de duración indeterminada.

### 8.3.3. Endocrinología

Investigaciones en el ámbito de la endocrinología han encontrado, de igual modo, correlaciones entre el comportamiento agresivo y la constitución química (hormonal) de determinados organismos. Se observó que la conducta agresiva es incrementada como consecuencia de altos niveles de testosterona en adultos. Se sabe que una testosterona elevada correlaciona con la experiencia subjetiva de dominio y éxito.

---

<sup>358</sup> Cfr. RAINE, A., *Psicopatía, violencia y neuroimagen*, en RAINE, A. y SAMMARTÍN, J. (Eds.) *Violencia y Psicopatía*, s/n edición, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 59-88.

*En todo caso, las tesis endocrinológicas difieren del pensamiento lombrosiano, en tres aspectos: no suelen mantener el carácter hereditario de tales trastornos glandulares, salvo alguna reserva a propósito de delitos sexuales; consideran viable la curación de quien padece tales disfunciones, mediante el oportuno tratamiento hormonal y, por último, afirman que la influencia eventualmente criminógena de las misma no es directa, sino indirecta: es el sentimiento de anormalidad e inadecuación – y no la dolencia misma – la que provoca agresividad u otras reacciones emocionales compensatorias criminógenas.<sup>359</sup>*

Aunque la ciencia endocrinológica haya puesto de relieve la estrecha relación que existe entre las glándulas de secreción interna, el sistema neurovegetativo y la vida instintivo afectiva, demostrando un valioso componente para explicar la conducta humana, es evidente que la explicación de el impulso criminal en el individuo no se resume a la existencia de una química hormonal diferenciada en una determinada categoría de individuos, incluso porque se ha constatado que individuos no delincuentes con alteraciones hormonales y criminales sin cualquier disfunción hormonal.

Interesante observación la de MOYA estableciendo la siguiente conclusión acerca de la relación entre agresión y las hormonas: “La relación entre hormonas y agresión es recíproca y bidireccional, dado que un determinado nivel hormonal puede repercutir en la conducta agresiva y, a la inversa, el incremento de la agresión puede provocar cambios en los niveles hormonales. En este sentido, las hormonas pueden ser consideradas causas, efectos o mediadores de la agresión”<sup>360</sup>.

#### 8.3.4. Sociobiología

La Sociobiología, cuya aportación más significativa se debe a JEFFERY, apunta la influencia de la composición bioquímica del ser humano,

---

<sup>359</sup> Sobre las principales tesis endocrinológicas, vid. GARCIA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 325/326.

<sup>360</sup> Vid. MOYA, L.A., SERRANO, M.A., y MARTÍN, J., Interacción testosterona y agresión: evolución y estado actual de la cuestión, en MOYA, L. (Coordinador), Psicobiología de la violencia, pp. 124-139, s/n edición, Madrid, Pirámide, 2010.

unida a condiciones ambientales, en el comportamiento criminal. Así, por ejemplo, el déficit de minerales y vitaminas, la hipoglucemia, alergias y contaminaciones ambientales son indicados como factores que influyen en la conducta criminal. Según ese enfoque, “el factor biológico, el ambiental y el proceso de aprendizaje forman parte de un continuo y dinámico proceso de interacción (contra lo que habían mantenido, desde sus respectivos puntos de vista, tanto biólogos como sociólogos radicales). El hombre no es solo naturaleza, biología o experiencia –historia-, sino un complejo organismo biosocial en el que influye decisivamente la interacción de factores físicos y ambientales.”<sup>361</sup>

El autor, referencia de la Biología Psicosocial, ha destacado que el comportamiento humano no es una herencia genética como la estatura o la inteligencia sino que va ligado al estímulo del medio y la forma en que dicho estímulo se cifra, se transmite y se descifra por el cerebro.

*Código genético e código cerebral son de naturaleza bioquímica, y comprenden la estructura bioquímica, y comprenden la estructura bioquímica de genes de transmisión nerviosa al cerebro. El tipo de comportamiento (respuesta) que exhibe un organismo depende de la naturaleza del medio (estímulo) y de la forma en que dicho estímulo se cifra, se transmite y se descifra por el cerebro y el sistema nervioso... No heredamos ya el comportamiento como se hereda la estatura o la inteligencia. Heredamos una capacidad de interacción con el entorno.*<sup>362</sup>

El hombre es biología, entorno y capacidad de interacción con el mismo entorno por medios de los componentes bioquímicos del cuerpo humano. El ser humano es un ser bioquímico de tal manera que un desajuste en su balanza bioquímica pueden determinar graves desequilibrios de conducta. La relación entre conflictividad de la población penitenciaria y dieta de los reclusos ha sido otro de los temas de investigación, que parece haber arrojado conclusiones positivas. A juicio de THORTON, JAMES y DOERNER, un déficit nutritivo o bajos niveles de azúcar en sangre

---

<sup>361</sup> Vid. JEFFERY, C., “Criminology as an Interdisciplinary Behavioral Science”, en *Criminology*, 1978 (16), pp. 161.

<sup>362</sup> Vid. JEFFERY, C., “Criminology as an Interdisciplinary Behavioral Science”, ob. Cit., p. 162

(hipoglucemia) podría explicar la hiperactividad y agresividad de muchos jóvenes”.<sup>363</sup>

La hipoglucemia fue relacionada a la agresividad de los jóvenes porque se descubrió que el cerebro es el único órgano del cuerpo que obtiene su energía exclusivamente de la combustión de azúcares, en consecuencia, bajos niveles de hidratos de carbono en la sangre pueden afectar directamente el metabolismo cerebral, causando ansiedad, depresión, irritabilidad, confusión y aturdimiento.

#### 8.3.5. Genética

En realidad, ninguna teoría genética define el genoma humano como causa determinante del comportamiento humano. La constatación frecuente de antecedentes familiares con presencia de comportamientos delincuentes es interpretada como prueba de que el mapa genético puede estar implicado en el fenómeno, pero no como una causa única o exclusiva.

Los tres tipos de investigación mediante los que tradicionalmente se intentó conocer la influencia de la herencia sobre la criminalidad fueron los estudios de familias de delincuentes, los estudios de gemelos y los estudios de hijos adoptivos.

En lo que se refiere a los estudios de las familias de personas que han tenido antecedentes penales se destaca una investigación realizada por FARRINGTON, de la Universidad de Cambridge, en la que se hizo un estudio longitudinal con más de cuatrocientos jóvenes londrinenses (pertenecientes a 397 familias), desde la edad de 8 a 40 años y se pudo comprobar que el 75% de los padres y madres con antecedentes penales también tuvieron hijos que fueron condenados. Además, fue posible percibir la gran asociación existente entre la delincuencia de estos jóvenes y la de sus

---

<sup>363</sup> Cfr. THORTON, W.R., JAMES, J.A. y DOERNER, W.G., *Delinquency and Justice*, Glenview, IL, Scott, Foresman, 1982, p. 82.

progenitores, hermanos y esposas: de los 2.203 integrantes de las familias analizadas, 601 sujetos fueron condenados por delitos.<sup>364</sup>

En los estudios hechos con gemelos se parte de la hipótesis de que si los gemelos univitelinos (idéntico patrimonio genético) presentan una mayor concordancia de conductas criminales con relación a los bivitelinos (patrimonio genético distinto) sería posible llegarse a la confirmación de la influencia de la hereditariad sobre la práctica criminal.

*(...) la Genética Criminal ha experimentado una evolución sensible, asumiendo poco a poco la tesis de que la herencia de la disposición delictiva es un problema más complejo; de hecho los trabajos posteriores arrojan índices de concordancia cada vez menos optimistas y reclaman la ponderación de otras muchas variables (especialmente ambientales). Mas aún, todo parece indicar que es necesario discriminar la incidencia del factor genético según la modalidad de la infracción delictiva: se han apreciado, por ejemplo, índices muy superiores de concordancia criminal en delitos sexuales que en delitos contra el patrimonio.*<sup>365</sup>

Estudios recientes con gemelos vienen buscando aclarar la función de los genes y del ambiente en el desarrollo de los comportamientos antisociales. Sus conclusiones apuntan hacia un mayor poder de influencia de los factores ambientales, aunque se admita indudablemente la función de los genes sobre los trazos de personalidad y, en consecuencia, sobre el comportamiento.<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> Cfr. FARRINGTON, D. P., *The explanation and prevention of youthful offending*, en CORDELIA, P. y SIEGEL, L. (Eds.), *Reading in Contemporary criminological theory*, s/n edición, Boston, North Eastern University Press, 1996.

<sup>365</sup> Vid. GARCIA-PABLOS, A., *Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob. cit., p. 335.

<sup>366</sup> Vid. GUPTA, A.; HARVEY-VALLENDER, L.; SINGH, J; GARG, J., *Aetiology of minor crimes – are individual committing minor crimes influenced more by environmental factor or genetic traits?*, en *Forensic Research*, 2, (4), 2011, disponible en <http://www.omicsonline.org/2157-7145/2157-7145-2-127.pdf>

En los estudios de adopción se analiza si los hijos de padres biológicos con histórico de prácticas criminales se revelan criminales aunque hayan sido criados por padres adoptivos sin cualquier histórico de comportamiento delincuente.<sup>367</sup>

Un estudio actual, realizado por Anita THAPAR y otros investigadores, lleva en consideración el estudio de un gen específico denominado catecol O-metil-transferasa, el COMT. La hipótesis de los investigadores fue la siguiente: “dada la relación que existe entre los déficits corticales prefrontales y la conducta antisocial, por una parte, y el gen COMT y el funcionamiento en esa área cerebral, planteamos la hipótesis de que la variante compuesta de la combinación valina/valina se relacionaría con la conducta anti social”, y específicamente determinaron examinar “el subtipo de la conducta antisocial que tiene los orígenes genéticos y neurológicos más sólidos, esto es, el que reúne el inicio en la infancia del trastorno de la conducta junto al TDAH”.<sup>368</sup>

La predicción resultó acertada: tanto el genotipo valina/valina como el bajo peso al nacer fueron factores de riesgo independientes que explicaban el trastorno de conducta en niños diagnosticados de TDAH. Los autores de la investigación concluyeron: “Estos resultados son de considerable interés, porque sugieren no solo que el genotipo COMT y el bajo peso al nacer influyen en la conducta antisocial en este grupo de alto riesgo en particular (niños diagnosticados de TDAH), sino que también los niños con el

---

<sup>367</sup> El resultado más llamativo de esas investigaciones (desde la primera realizada en 1938 por Kuttner) es que los hijos biológicos de criminales delinquen con mayor frecuencia que los hijos adoptados de los mismos. Schulsinger, después de confrontar 57 jóvenes adoptados psicópatas con un grupo de control de 57 jóvenes adoptados no psicópatas, manteniendo constantes las demás variables (sexo, momento de la adopción, clase social de los padres adoptivos, etc.) llegó a la misma conclusión: la relevancia decisiva del factor genético. También Crowe. Pero el estudio de adopción más valioso se debe a Hutchings y Mednick (...) Analiza éste 1.145 varones adoptados en Dinamarca entre 1924 y 1947, y al haber localizado 143 padres biológicos, seleccionaron los autores un grupo de control de 143 no criminales (manteniendo, como es lógico, las mismas variables en uno y otro grupo). Sus conclusiones fundamentales son dos: en primer lugar, que el comportamiento delictivo es más verosímil que se produzca en el adoptado que tiene un padre biológico con antecedentes penales; en segundo lugar, que los índices de criminalidad en los jóvenes adoptados aumentan selectivamente en función de los antecedentes criminales de los padres, más de los naturales que de los adoptivos. Vid. GARCIA-PABLOS, A., Criminología, Una Introducción a sus fundamentos teóricos, ob. cit., p. 336/337.

<sup>368</sup> Vid. THAPAR, A., LANGLEY, K., FOWLEY, T., RICE, F., WHINTTINGER, N., AGGLETON, J., VAN DEN BREE, M., OWEN, M. y O'DONOVAN, M., Catechol O-methyltransferase gene variant and birth weight predict early-onset antisocial behavior in children with attention-deficit/hyperactivity disorder, en Archives of General Psychiatry, 62, 1275-1278, 2005, p.1276.

genotipo valina/valina son particularmente susceptibles a los efectos de un bajo peso al nacer”.<sup>369</sup>

Por tanto, las investigaciones sobre los cromosomas buscan una explicación biológica del crimen a través del análisis de eventuales anormalidades cromosómicas. Los individuos con comportamientos criminales tendrían, según ésta perspectiva, anomalías en el nivel de los cromosomas que producirían en él una tendencia para la violencia y para la manifestación de una conducta antisocial. Sin embargo, en este sector de investigación, no hay que olvidarse la amplitud del proyecto del genoma humano y de lo poco que todavía se conoce a su respecto.

---

<sup>369</sup> Vid. THAPAR, A. y otros, , Catechol O-methyltransferase gene variant ..., ob. cit., p.1277.



## 8.4 Factores sociales de riesgo y de protección

El comportamiento criminal es entendido como asociado a una multiplicidad de factores, con orígenes igualmente variados y naturaleza muy diversa, es decir, la perspectiva actualmente utilizada es la perspectiva biopsicosocial, según la cual el ser humano es resultado de un conjunto de circunstancias biológicas, psicológicas y también sociales que actúan simultáneamente revelándose favorables o no al comportamiento antisocial.

Los factores marcadamente sociales que se verifican como condiciones que aumentan la probabilidad de adopción de conductas transgresivas son, por ejemplo, la privación económica, la precariedad laboral, la desorganización comunitaria, el vandalismo, el aislamiento social, la baja cohesión comunitaria, la movilidad geográfica, la presión del grupo y el desempleo. De otra parte, sirven como factores de protección la existencia de redes sociales estables, la cohesión de la comunidad y la disponibilidad de recursos sociales y financieros. En el cuadro comparativo que se sigue se especifica, además de algunos factores personales, también los factores sociales en los cuales también se incluyen aspectos familiares y culturales.

<b><u>Factores de riesgo</u></b>				
Personales	Familiares	Escolares	Sociales	Culturales
VULNERABILIDAD -Impulsividad -Trato difícil -Incompetencia social -Dificultad en el retardamiento de la gratificación. -Baja capacidad intelectual. -Inicio precoz de conducta antisocial -Exposición a la	-Historia parental de problemas comportamentales. -Aislamiento social. - Escasa/inadecuada vinculación afectiva -Prácticas educativas arbitrarias y punitivas.	-Fracaso -Bajo rendimiento académico -Bajas aspiraciones -Indefinición de objetivos - Desorganización escolar -Escuelas grandes y	-Privación económica -Precariedad laboral - Desorganización comunitaria -Vandalismo y delincuencia. -Aislamiento social -Baja cohesión comunitaria	-Rigidez en los papeles de género -Clima social sexista -Violencia -Aceptación social de la violencia.

	violencia. -Baja autoestima	-Deficiente supervisión. -Alcoholismo parental. -Violencia inter parental. -Baja educación parental	masificadas - Ausencia de apego hacia los profesores.	-Pares desviados	
DESINCENTIVANTES	-Rechazo por los pares -Fracaso social -Perturbación del comportamiento	-Conflictos familiares -Disponibilidad de drogas y armas -Presencia de enfermedades.	-Sucesión de fracasos concretos -Deficiente acompañamiento	-Movilidad geográfica. -Presión del grupo -Desempleo	
<b><u>Factores de protección</u></b>					
	Personales	Familiares	Escolares	Sociales	Culturales
RESISTENTES	-Sanidad -Habilidad social -Autonomía -Elevada autoestima -Resistencia a la	-Afecto, empatía -Apego mutuo -Adecuada supervisión, con límites claros -Valores prosociales <sup>370</sup>	-Elevadas expectativas -Suporte social -Organización y buen clima escolar -Participación	-Cohesión social en la comunidad. -Redes sociales estables	-Valores democráticos -Flexibilidad en los papeles de género -Igualdad de género

<sup>370</sup> Cuadro extraído de M. NUNES, L. y TRINDADE, J. Criminologia-Trajectorias transgresivas, ob.cit., p. 94.

A	frustración  -Saber lo que quiere  -Locus causal interno	-Prácticas educativas coherentes y democráticas  -Modelo de comportamiento prosocial	de los padres  -Promoción del éxito y de la autoestima		
P C T E N C I A D O R E S	-Concretización de objetivos significativos	-Experiencias significativas de resolución (no violenta) de problemas.  -Armonía familiar	-Experiencia de éxito escolar	-Disponibilidad de recursos sociales y financieros	

## 9. Tratamiento penitenciario

El artículo 59.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria Española (coincidente con el 237.1 del Reglamento) define el tratamiento penitenciario como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. El apartado 2, del artículo 59, fija el objetivo del tratamiento, que no es otro que pretender hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como a subvenir a sus necesidades, procurándose a tal fin, en la medida de lo posible, desarrollaren ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general. Además, todo el título III de la LOGP está dedicado a la regulación del tratamiento.

La idea del tratamiento sufre, sin embargo, muchas objeciones, principalmente entre los estudiosos del Derecho: la incertidumbre de su concepto, la incompatibilidad del tratamiento y de cualquier otro objetivo

terapéutico con la privación de la libertad, el efecto de prisonización, la concepción ideológica maniqueísta que identifica en el delincuente el problema de la criminalidad, dejándose de lado los factores criminógenos producidos por la propia sociedad.<sup>371</sup>

El hecho de que la política criminal del tratamiento no se ha llevado a cabo con persistencia en las instituciones penitenciarias de ningún país del mundo, habiendo estado reducido a su aplicación en algunos casos aislados sin unas condiciones aceptables conduce la idea a un descrédito todavía mayor.

*Incluso en países con gran capacidad económica, como U.S.A., o Alemania Federal, se ha renunciado a una política penitenciaria basada en el tratamiento por su excesivo coste económico y sus escasos resultados. Paradigmático es el caso de la República Federal de Alemania en el que la reforma del sistema de penas del Código Penal fue acompañada por la creación de “centros de terapia social”, verdaderos templos del tratamiento, que debieron comenzar a funcionar el 1 de enero de 1985 y que, finalmente, han sido abandonados por no tener grandes esperanzas en sus resultados y sí una seguridad absoluta en su elevado coste económico.*<sup>372</sup>

Tampoco hay un consenso paradigmático en la Ciencia criminológica, que cuenta con la utilización de diferentes métodos terapéuticos para que el interno llegue a la superación de los condicionamientos que le llevaron a delinquir. Es decir, el tratamiento penitenciario en cuanto método científico terapéutico todavía no ha logrado una confirmación empírica definitiva.

---

<sup>371</sup> Apuntando objeciones vid. entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: Tratado de criminología, 4a ed., Valencia, 1999, p. 993; MAPELLI CAFFARENA, B., La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario, en Eguzkilore, n. extraordinario 2, 1989, pp. 99-112; TÉLLEZ AGUILERA, A., Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LIII, 1999, pp. 325-329; MUÑOZ CONDE, F., Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera, en VV.AA., VI jornadas penitenciarias andaluzas, Almería, 1990, pp. 37-43.

<sup>372</sup> MUÑOZ CONDE, F., “El tratamiento penitenciario”, en VVAA, Derecho Penitenciario y Democracia, s/n edición, Sevilla, Ed. Fundación El Monte, 1994.

## 9.1. Resocialización: prevención terciaria del delito

El crimen es una gran problemática de nuestro tiempo que demanda un alto coste tanto humano como económico. En lo humano, la conducta ilícita separa al joven de su familia y amigos afectando negativamente su autoestima, además de perjudicar también el bienestar psicológico de las víctimas. Económicamente, el Estado pierde la fuerza productiva de sus ciudadanos cargándose con el alto coste de las instituciones de control.

Con esa difícil realidad se deduce una necesidad de trabajar en favor de la prevención de la delincuencia. La clásica distinción entre prevención primaria, secundaria y terciaria fue dada por CAPLAN.<sup>373</sup>

La prevención primaria se dirige a evitar que aparezca el desorden; es decir, busca que no se produzcan nuevos casos de sujetos delincuentes, disminuyendo la incidencia de ese fenómeno.

La prevención secundaria procura romper el progreso de conductas problemáticas todavía insignificantes hacia disfunciones más serias, impidiendo que las conductas delictivas se consoliden y se transformen en un patrón estable en la vida del sujeto.

La prevención terciaria dice respeto a la intervención en sujetos que han contactado con el sistema jurídico penal, en la cual se encaja la orientación *resocializadora* de la pena.<sup>374</sup>

---

<sup>373</sup> Cfr. CAPLAN, G. Principles of preventive psychiatry, s/n edición, NY, Basic Books, 1976.

<sup>374</sup> A través del trabajo de HURRELMANN, publicado a finales de la década de los años 80 se comienza a hablar en intervención preventiva y corrección preventiva, siendo que la primera se corresponde a medidas que buscan una mejora en las condiciones sociales, ambientales y materiales de la población en general (como la reducción de diferencias socioeconómicas, la ampliación de programas asistenciales, campañas educativas sobre el uso del tabaco y del alcohol, diseño ecológico de escuelas y lugares de ocio) y la segunda a la intervención cuando el problema emerge con el objetivo de prevenir el desarrollo, consolidación o refuerzo de ese problema. Cfr. HURRELMANN, K., *The limits and potencial of social intervention in adolescence: An Exemplary analysis*, en HURRELMANN, K., KAUFMANN, F.X., y LÖSEL, F.

En términos de prevención del delito, cuanto más temprana sea la intervención calitativa en el sujeto, mejores posibilidades de resultados positivos para la sociedad.

De un experimento sociológico, con importantes resultados para la criminología, llamado “Proyecto Perry de Educación Preescolar” desarrollado en Estados Unidos (Michigan) fue posible sacar importantes conclusiones sobre el efecto preventivo que posee un programa educacional dedicado al desarrollo del niño en las fases tempranas.

El proyecto comenzó en 1962 y consistió en un estudio longitudinal en una población en riesgo y desajuste social del barrio de Ypsilanti, Michigan, compuesta en su mayoría por familias numerosas, con escasos ingresos económicos, de raza negra. Hicieron parte de la investigación un total de 123 chicos, nacidos entre 1958 y 1962, distribuidos en un grupo de control (65 niños) y otro experimental (58 niños), cada uno de ellos examinados todos los años, desde los 3 a los 11 años de edad, posteriormente a los 15 años y finalmente a los 19, con el objetivo de comprender los efectos que pudiera tener, a largo plazo, la participación o no en el programa, con relación a mejora de conducta, actitudes, logro educativo y habilidades.

El estudio fue longitudinal porque analizó distintas circunstancias de la vida personal de los dos grupos de niños de temprana edad hasta llegar a la edad adulta, como por ejemplo, la compra de viviendas, el sueldo, la necesidad de los servicios de asistencia social y el pasaje por el sistema penal.

*El Proyecto Preescolar de High/Scope Perry en Ypsilanti, Michigan le hizo un seguimiento a niños desde el momento de su*

*participación en el proyecto preescolar a las edades de 3 ó 4 años hasta la edad de 27. Todos los participantes eran niños Afro-Americanos viviendo en el mismo vecindario en los años 60. Al principio del estudio, los niños fueron divididos al azar en un programa de grupo con un programa preescolar de enseñanza activa de alta calidad, y en un grupo de control, sin programa. Los investigadores evaluaron a los niños de ambos grupos anualmente desde las edades de 3 a 11 años, de 14-15, de 19 y a los 27 años en variables que representaban ciertas características, habilidades, actitudes y tipos de rendimiento.*

*Los resultados del estudio a los 27 años indican que los participantes del programa tenían:*

*Sueldos mensuales más altos (29% vs. 7% devengando \$2,000 o más mensual).*

*Más alto % en compras de viviendas (36% vs. 13%).*

*Un nivel superior de educación (71% v. 54% completaron grado 12 o más).*

*Un % menor recibiendo servicios sociales en los últimos 10 años (59% vs. 80%).*

*Menos arrestos a la edad de 27 años (7% vs. 35% con 5 o más arrestos).*

*A la edad de 19, los niveles de alfabetización de los participantes del programa eran significativamente altos. Los participantes también estuvieron menos años en programas de entrenamiento para personas con desafíos intelectuales entrenables (15% vs. 34% con un año o más en estos programas).*

*Considerando estos resultados, se ha estimado que el programa ahorra US\$7.16 por cadaUS\$1.00 invertido debido a los ahorros en educación primaria y gastos de beneficios sociales combinados con las ganancias en productividad.<sup>375</sup>*

---

<sup>375</sup> Fundación de Investigación Internacional de High/Scope, en <http://www.oas.org/udse/dit2/porque/longitudinales.aspx>.

La enseñanza de alta calidad, fundamentada en la teoría interaccional de Piaget, propugna una colaboración entre profesores y niños y padres. Los niños del grupo experimental recibieron el programa preescolar (clases de dos horas y media) durante dos años, cinco días a la semana. De modo complementario, los profesores (1 por cada ocho niños) visitaron el hogar de sus alumnos una vez a la semana, por espacio de hora y media, informando a los padres de las actividades realizadas y estimulando su participación en el proceso educativo. Además, los padres tenían la oportunidad de reunirse en grupos pequeños, mensualmente, para intercambiar puntos de vista y modificar percepciones erróneas acerca de los hijos.

Los estudios demostraron que el grupo experimental mostró, en comparación al grupo de control, menos conducta antisocial (violencia, vandalismo).

Si existe una creencia generalizada en el éxito de la intervención temprana en la prevención de la criminalidad, lo mismo no sucede en términos de prevención terciaria del delito, área del conocimiento criminológico que sigue siendo contestada continuamente debido a la tardía intervención en el sujeto y a los tan conocidos efectos de prisonización.

## 9.2. Evolución del concepto de tratamiento penitenciario

El Preámbulo del Real Decreto, de 11 de noviembre de 1889, no deja dudas cuanto a la incipiente finalidad terapéutica de la pena de prisión: “Pero hoy en día, conociéndose mucho más hondamente la naturaleza del delito en sus conexiones con la naturaleza humana y los modos de constitución social, y sustituida la noción expiatoria de la pena por la de profilaxis y tratamiento de un mal y de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados, no se puede admitir que la función penitenciaria la ejerza quien no está educado en el conocimiento del hombre con la iniciación indispensable en este género de estudio”.



El siglo XX ya comienza con la predominancia de la idea del tratamiento penitenciario y una énfasis en la preparación del personal de prisiones, idea que persiste hasta los días actuales: “(...) es preciso que el personal de penales responda a las necesidades de la moderna ciencia penitenciaria, conozca el sistema que ha de aplicar, se sienta inspirado en el estímulo del bien y dispuesto al sacrificio que su noble profesión le impone y no se conseguirán estos primordiales fines, si todos los funcionarios que presten servicio en la Dirección General, en los establecimientos penales y en las cárceles no se inspirasen en el mismo propósito, cooperando por igual al planteamiento de la reforma y velando por el prestigio del cuerpo (...)”<sup>376</sup>

Idéntica concepción clínica de la pena como tratamiento fue asumida por Las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso - RMTR, Reglas de Ginebra de 1955 de las Naciones Unidas y por las Recomendaciones sobre las Normas Penitenciarias Europeas (1973).

Está claro que tal concepción presupone una imagen paradigma del delincuente como un enfermo social que, al sufrir la pena, pasará por una “transformación” que le posibilitará a vivir respetando la ley penal. Es lo que sugiere el artículo 59.2 de la LOGP: *el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como a subvenir a sus necesidades, procurándose a tal fin, en la medida de lo posible, desarrollaren en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.*

Sin embargo, fueron muchas las críticas recibidas, entre ellas la de que bajo el manto del tratamiento es posible justificar muchas técnicas manipulativas de la personalidad del sujeto, con violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la contradicción de querer educar para la libertad en condiciones de no-libertad, el efecto de prisonización que potencia el efecto inverso que de la pena se esperaba y su incapacidad de disminuir las tasas de reincidencia.

Ante los ataques recibidos, la segunda versión de las Recomendaciones sobre las Normas Penitenciarias Europeas (1987) se asume

---

<sup>376</sup> Preámbulo del Real Decreto de 27 de mayo de 1901.

que la transformación del penado en una persona capaz de vivir respetando la ley penal es algo que depende de su propia voluntad. Por tanto, cumplirá a la administración penitenciaria tan solo ofertar actividades y programas formativos, educativos y terapéuticos al penado que permitirán superar ciertos déficits sociales y carencias personales que condicionaron su comportamiento delictivo, como también potenciar los contactos con el mundo exterior (art. 110 RP). Tanto es así que el penado podrá rechazar a cualquier oferta ofrecida por el centro en el que se encuentra, como también se pasa a esperar del mismo que asuma una posición activa en su propio tratamiento.<sup>377</sup>

Referidas condiciones dejan evidente el carácter absolutamente voluntario del tratamiento penitenciario que se propugna en la actualidad. Además, la nueva concepción del tratamiento va a experimentar una ampliación en lo que se refiere a los programas exteriores de reinserción, incluyendo también la participación de entidades de fines sociales que contribuirán a la vuelta del penado a la libertad.

El artículo 110 del Reglamento Penitenciario es una exigencia normativa impuesta a la administración penitenciaria que le obliga a desarrollar *programas formativos orientados a desarrollar aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias*. Asimismo, el centro debe implementar *programas y técnicas de carácter psicosocial orientadas a mejorar las capacidades de los internos, y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en*

### 9.3. Programación individualizada del tratamiento penitenciario

El artículo 60 de la LOGP española establece que:

*1. Los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior.*

---

<sup>377</sup> “Art. 61.1 de la LOGP: se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo.”

*2. Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades.*

Este artículo trata de enunciar que el objetivo de la Junta de tratamiento es hacer del penado *una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como a subvenir a sus necesidades, procurándose a tal fin, en la medida de lo posible, desarrollaren ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general* (artículo 59.2-LOGP).

Los instrumentos utilizados son todo y cualquier medio y método terapéutico compatible con los derechos no afectados por la condena penal. Por tanto, la ley se preocupa en direccionar los objetivos médicos a los objetivos de la institución penitenciaria, como también fijarles un límite que es el respeto a los derechos del penado no afectados por la condena. Las discusiones críticas alrededor de la porosidad del concepto de tratamiento han sido expuestas anteriormente.

Establece el texto legal que cada persona que ingresa en un establecimiento penitenciario recibirá un programa individualizado de tratamiento, lo cual posee un carácter científico, es decir, la junta de tratamiento se esforzará en conocer y tratar los aspectos de la personalidad del penado que tenga relación directa con el delito cometido, como también las dificultades que presenta para su reinserción en la sociedad. Una vez conocidas tales circunstancias, deberá aplicarse un programa individualizado.

*Todos los internos tienen derecho a participar en los programas de tratamiento facilitados por la Administración Penitenciaria para la promoción y crecimiento personal, la mejora de las capacidades y habilidades sociales y laborales y la superación de los factores conductuales o de exclusión que motivaron las conductas criminales en cada persona condenada. Es obligación de la administración diseñar un programa individualizado para*

*cada uno de ellos, incentivándoles de forma que intervengan en la planificación y ejecución del mismo.*<sup>378</sup>

Cada situación de entrada en la penitenciaria deberá ser estudiada llevándose en consideración los aspectos individuales y hábitat social de cada penado. Puede ser que uno necesite tratamiento especializado y no presente dificultades para su reinserción social en función del apoyo familiar y laboral en el exterior. Pero también puede ocurrir que una persona no necesite ningún tipo de intervención terapéutica y sí, en cambio, un apoyo social y laboral que se concretaría, por ejemplo, con la calificación laboral y acceso a un trabajo.

Serán los especialistas en asistencia social, criminología, psiquiatría y psicología los encargados de asignarles un programa de tratamiento que posibilitará la reinserción social de los penados.<sup>379</sup> En opinión de Alarcón Bravo el precepto se ve influenciado por las discusiones o críticas provenientes del campo sociológico, resaltando lo de conocer y tratar las particularidades de la personalidad y ambiente del penado, haciendo girar, por tanto, los mismos, no solo sobre la personalidad, sino sobre el ambiente o medio, dicotomía probablemente innecesaria si se entiende debidamente las características de la tarea penitenciaria y si se utiliza una concepción amplia de la personalidad. Añadiendo el autor, que conocer el ambiente del penado es factible para Instituciones Penitenciarias, pero pretender tratar o influir en el ambiente, sería labor propia de una Dirección General de Prevención del Delito, que algunas naciones han creado e integrado en la organización administrativa del Ministerio de Justicia.<sup>380</sup>

Se incluye en la individualización del tratamiento la clasificación resultante de la observación de cada condenado, prevista en el artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:

---

<sup>378</sup> Vid. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/tratamientoPenitenciario.html>

<sup>379</sup> Entendiendo que referido trata de los objetivos y límites de los servicios de tratamiento, vid. GARRRIDO GUZMÁN, L.: Manual de ciencia penitenciaria, s/n edición, Edersa, Madrid, 1983, p. 293. Manzanares Samaniego señala que el precepto alude más que a los objetivos y límites de los servicios de tratamiento, a los métodos y medios a seguir para que el tratamiento alcance su objetivo final marcado en el apartado 59.2 de la LOGP. Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: Principios inspiradores del tratamiento (valoración de la personalidad y del ambiente), en VV.AA., COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): Comentarios a la legislación penal, Tomo VI. Vol. 2, s/n edición, Madrid, Edersa, 1986, p. 919.

<sup>380</sup> ALARCÓN BRAVO, J.: El tratamiento penitenciario, en Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria, Santiago de Compostela, 1978, p. 21.

*1. Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquel. La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornar y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.*

El tratamiento penitenciario español se funda en un sistema de individualización científica dividido en grados. En ese sentido, es la clasificación otro punto importante una vez que cumple la función de destinar el penado al establecimiento cuyo régimen le sea más apropiado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquel. Para ello, será necesario combinar las series de datos de carácter científico (personalidad), con las de naturaleza programática (duración de la condena según sea superior o inferior a una determinada extensión temporal), así como los que proporciona la realidad (historial delictivo).

Infelizmente, no fue ese el espíritu de la reciente reforma del Código Penal, que, invadiendo el ámbito de la LOGP, utilizó el criterio de distinguir a los condenados según el crimen que hayan practicado, haciendo distinciones en un plan abstracto distorsionando el sentido del tratamiento penitenciario anterior, basado en un sistema de individualización científica igual para todos los reos.<sup>381</sup>

---

<sup>381</sup> *Lejos de mantener por igual las normas y principios generales de nuestro sistema de individualización científica para todos los reos y en relación con todas sus penas, se refuerza el discutible criterio de distinguir según los delitos por los que aquéllas se impusieron, lo que es contrario al repetido sistema. Las penas deben cumplirse atendiendo solo a su gravedad y al pronóstico personal de resocialización según los dispuesto en los artículos 62, 63 y concordantes de la repetida Ley Orgánica General Penitenciaria. La clase del delito cometido se convierte ahora en un nuevo factor que puede cerrar el paso a la clasificación procedente conforme a la individualización científica. Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., La Reforma del Código Penal de 2015 Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2, de 30 de marzo, 1ª. Edición, Madrid, Ed. LA LEY, 2015, p. 67.*

### 9.3. ¿El Tratamiento Penitenciario funciona?

Tiene éxito el instituto penal, cuando va direccionada a incentivar en el penado el abandono de las prácticas delictivas, con el desarrollo en él de competencias sociales y personales? Estudios científicos realizados en Estados Unidos apuntan que si la intención es la de infligir un daño físico, moral o social al penado sin ninguna preocupación con su desarrollo, como es por ejemplo la imposición de la pena de muerte, muy poco se previene el crimen. Pero si la intención es otra, será necesario medir el grado de efectividad que tiene la pena en el mejoramiento de las personas que cumplen una condena. Es difícil pero no imposible analizar la cuestión desde un punto de vista científico.

Un estudio de BOWERS y PIERCE<sup>382</sup>, apunta a que la pena de muerte- que significa una pena de carácter meramente retributivo- promueve un efecto de agravación en la delincuencia violenta. Para llegar a esa conclusión los autores han analizado las ejecuciones llevadas a cabo en el Estado de Nueva York entre 1907 y 1954 y, en el mismo período, la evolución de la violencia. En el mismo sentido apuntó BAILEY, con pruebas muy contundentes resultante de los datos recogidos en las ciudades de Chicago y Oklahoma City<sup>383</sup>.

En contrario, si se pretende que la ejecución penal signifique un incentivo al desarrollo de competencias personales y sociales mínimas para la convivencia y el éxito social del penado, cuál sería la eficacia de ese sistema? Una investigación muy conocida llevada a cabo por MARTINSON<sup>384</sup> aporta datos muy negativos, hasta el punto de noticiar que, con muy escasas excepciones, el tratamiento en prisiones es un completo fracaso, tornándose célebre su frase: “nothing works” (nada funciona). Sin embargo el mismo

---

<sup>382</sup> Vid. BOWERS, William J. y PIERCE, G., “Deterrence or Brutalization: What is the Effect of Executions?”, *Crime and Delinquency*, n. 26, 1980, pp. 453/470.

<sup>383</sup> Vid. BAILEY, W., “Disaggregation Deterrence and Death Penalty Research: The Case of Murder in Chicago,” *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1986, num. 74, pp. 827/859.

<sup>384</sup> Vid. MARTINSON, R., “What Works? Questions and Answers About Prison Reform”, *The Public Interest*, n. 15, pp. 22/45.

científico ha reconocido en un estudio posterior que en algunos supuestos sí que funciona el tratamiento.<sup>385</sup>

Otros autores, como CULLEN y GENDREAU, han afirmado que “la doctrina del *nada funciona puede* considerarse más bien como una realidad socialmente construida que como una verdad científicamente establecida”<sup>386</sup>. Y tres importantes estudios científicos revelaron que el esfuerzo rehabilitador, efectivamente, no es vano.

En 1998, ANDREWS y BONTA publicaron bajo el título *The psychology of criminal conduct* un análisis profundizado sobre el impacto de una amplia gama de tratamientos así como de sanciones penales en internos adultos. El estudio, realizado con la metodología del meta análisis, abarca muchas variables, entre ellas algunas invariables y otras controlables. El resultado final apunta que el encarcelamiento, independientemente de algunas condiciones que permanecieron estadísticamente controladas (el riesgo delictivo que presentaban los internos, el tipo de servicio que se había facilitado, lo apropiado que resultaba ese servicio para el interno, la calidad de diseño de la investigación del estudio y el lugar de cumplimiento de la privación de libertad), afectaba la reincidencia entre adultos de una manera a incrementarla. Sin embargo, al introducir la variable del tratamiento, notaron un efecto positivo en la prevención del delito, hecho que les llevó a concluir que el efecto preventivo es claramente mayor en las sanciones penales en la que se incluyen el tratamiento<sup>387</sup>.

Otro estudio que aportó conclusiones significativas sobre la eficacia del tratamiento fue el llevado a cabo por LIPSEY a través del análisis de 397 estudios individuales sobre programas de tratamiento aplicados a jóvenes, concluyendo que el efecto sobre la prevención del crimen y

---

<sup>385</sup> Vid. MARTISON, R., “New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform”, *Hofstra Law Review*, 1979, n. 7, 243/258.

<sup>386</sup> Vid. CULLEN, F. y GENDREAU, P., “The Effectiveness of Correctional Rehabilitation”, en GOODSTEIN, L. y MACKENZIE, D.L.(ed.), *The American Prison: Issues in Research Policy*, 1980, Plenum Press, New York..

<sup>387</sup> Vid. ANDREWS, D. A. y BONTA, J., *The Psychology of Criminal Conduct*, s/n edición, Cincinnati, The Anderson Publishing Co., 1998.

disminución de la delincuencia fue entre un 50 y 41 por ciento, siendo los tipos de tratamiento que resultaron más efectivos: programas que ofrecían contactos largos y positivos con asistentes, programas multimodales de tratamiento, tratamientos especializados en delincuentes de alto riesgo y los que incluían familiares o amigos cercanos del delincuente.<sup>388</sup>

Por fin, una tercera investigación llevada a cabo por LIPTON reveló que el impacto en la reducción de la reincidencia varía según el tratamiento impuesto- siendo la técnica más efectiva la terapia de la realidad y los programas que se centran en el comportamiento cognitivo y en el aprendizaje social, como también la supervisión intensiva en comunidad y el tutelaje.<sup>389</sup>

---

<sup>388</sup> Vid. LIPSEY, M., *Design Sensitivity Statistical Power for Experimental Research*, s/n edición, Thousand Oaks, CA, Sage Publications, 1990; del mismo autor: "Juvenile Delinquency treatment: A Meta-analytic Inquiry into the Variability of Effects", en *Meta-analysis for Explanation: A Casebook*. T.D.COOK, H. COOPER, D.S.CORDRAY, H.HARTMANN, L.V. HEDGES, R.J. LIGHT, T.F. MOSTELLER, s/n edición, Nueva York, Russell Sage, 1992; Vid. también del mismo autor: "What Do we learn from 400 Research Studies on the Effectiveness of Treatment with juvenile Delinquents?", en *What Works: Reducing offending*, MCGUIRE, J, (Ed), s/n edición, Chichester, England, John Wiley & Sons.

<sup>389</sup> Vid. LIPTON, D. S., "The Effectiveness of Correctional Treatment Revisited Thirty Years Later", 12th International Congress on Criminology in Soule, South Korea, 1998; y LIPTON, D. S., MARTINSON R. y WILKS, J., *The Effectiveness of Correctional Treatment*, s/n edición, Nueva York, Praeger Publishers, 1975.



Resumen de resultados significativos de los metaanálisis de Andrews,  
Andrews Y Bonta, Lipsey, y Lipton

<b>Autor</b>	<b>Variable Independent e</b>	<b>Variable de Control</b>	<b>Variable Depediente</b>	<b>Nº de Estudios</b>	<b>Nível de Asociación</b>
Andrews & Bonta 1998	Sanciones penales	Riesgo criminal, calidad de diseño, servicio humano	Reincidência reducida	79	- 0,02 effect size
Mismo	Servicio humano	Mismas + sanciones penales	Misma	215	+ 0,13 effect size
Andrews et al. 1990	Grado de procesamiento penal	Mismas	Misma	30	- 0,07 coef. Phi
Lipsey, 1992 94	Tratamiento	----	Misma	397	17,2% menos reincidência
Lipsey, 1992 117-118	tratamiento	Calidad de diseño de investigación	Misma	397	47% de variación
Lipton 1998, 26-27, 33	Castigo	----	Misma	107	0,01 coef. Pearson r
Lipton 1998, 27, 33	Campos de entranamiento	Calidad de diseño de investigación	Misma	24	0,04 r
Lipton 1998, 27-	Supervisión en comunidad	----	Misma	132	0,03 r

28,33					
Lipton 1998, 28,33	Tutelaje	----	Misma	15	0,28 r
Lipton 1998, 28-29,33	Programas educativos	----	Misma	47	0,08 r
Lipton 1998, 29,33	Comportamiento cognitivo/aprendizaje social	----	Misma	54	0,14 r
Lipton 1998, 29-30,33	Habilidades sociales	Calidad del diseño de investigación	Misma	20	0,18 r
Lipton 1998, 30, 33	Programas para abuso sustancias	Encarcelamiento	Misma	107	0,07 r
Lipton 1998, 30-31,33	Comunidad terapéutica	----	Misma	107	0,07 r
Lipton 1998, 30-31,33	Grupo de consejo	----	Misma	16	0,12 r
Lipton 1998 34	Terapia de realidad	----	Misma	6	0,26 r

390

<sup>390</sup> Vid. FERDINAND, T. N., "Funcionan las penas?", en Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000, s/n edición, Madrid, UNED, 2001.

## 10. Toma de postura

Hay un principio jurídico y ético que impide que las ejecuciones penales se conviertan en una secuencia de torturas físicas y psíquicas previa e intencionalmente deliberadas con el objetivo de aniquilar al condenado física y psíquicamente. Racionalmente, quitarle de la ejecución penal su función - aunque no exclusiva- de prevención especial significa un retroceso.

Sin embargo, todo el esfuerzo de la práctica penal y penitenciaria debe ser en quitarse todo y cualquier sentido ideológico de la ejecución penal. Con sentido ideológico se quiere decir una visión reduccionista y distorcida de la realidad penal, como si el crimen fuera un hecho que solo acometió al penado. La prevención especial debe ser conducida desde criterios objetivos de cientificidad, lo que es muy distinto de ser conducida bajo el *principio resocializador de la pena*, que nadie todavía comprendió lo que significa.

Conducir la función preventivo especial de la pena bajo criterios científicos significa una sumisión constante a los datos recogidos de la realidad empírica de las ejecuciones penales, desde una perspectiva general. Conducir la función preventivo especial de la pena bajo el *principio resocializador de la pena* significa la utilización del Derecho con un viés ideológico, y con ese sentido se reduce el sentido del Derecho a un mero instrumento de dominación o liberación de clases sociales.

La idea resocializadora de la pena, por los múltiples interrogantes que implica, por su ambigüedad e inseguridad no sirve a la elaboración de un concepto dogmático penal. Se verificó que la referida idea es mucho más una noción de carácter pragmático-científico que gira alrededor de la función preventivo especial de la pena. Por eso se hizo necesario el estudio de la misma idea desde un punto de vista científico-criminológico.

Desde el punto de vista científico, es decir, desde un punto de vista pragmático y objetivo, la idea de prevención especial de la pena no ha merecido que se la invoque como una verdad científicamente comprobada. El desarrollo científico de la prevención especial se dio en grado muy poco elevado. Todos los esfuerzos científicos en el área quitaron de la idea

preventivo especial de la pena un carácter de una “fórmula mágica”, depositaria de todas las esperanzas de erradicación del mal en el mundo.

El déficit empírico criminológico es notable. El “nothing Works” dio lugar a unos resultados muy tímidos en los últimos años. Además, los estudios criminológicos han demostrado que el problema de la criminalidad en realidad se centra tanto en el individuo delincuente como en la sociedad criminógena.

El crimen es un fenómeno multifactorial. No hay una causa directa y exclusiva para el surgimiento del fenómeno criminal. Hay factores que aumentan o disminuyen la probabilidad de su surgimiento. Dentro de una perspectiva multifactorial, solo tiene sentido hablar en prevención del delito y como se demostró, la prevención terciaria del delito es la que menos eficacia posee, por ser una intervención demasiado tardía.

## **Conclusiones**

## Conclusiones

PRIMERA. Desde el surgimiento de las ciencias empíricas del comportamiento humano surgió igualmente para el Derecho Penal la posibilidad de conducir la ejecución de las penas en un sentido preventivo individual.

SEGUNDA. Pasado más de un siglo de la “Idea del Fin en el Derecho Penal” se constata que el proyecto inicial de conducción de la ejecución de la pena según los términos de las ciencias del comportamiento humano ha sido abandonado y que la defensa o ataque a la “meta resocializadora” se redució a una cuestión de “más” o “menos” prisión.

TERCERA. Al confundir la función preventivo especial de la pena- esa perfectamente compatible con el sentido del Derecho Penal- con una mera ideología, se notará la presencia de innúmeros interrogantes y una ambigüedad invencible.

QUARTA. Para que pudiera consolidarse como categoría dogmática del Derecho Penal, sería necesario que la idea resocializadora de la pena pudiera superar un grado de subjetividad y hacerse comprensible a todos.

QUINTA. En el campo dogmático jurídico, persisten los siguientes interrogantes: ¿la corrección del individuo a la que se pretende llegar significa un cambio de valores o la mera conformidad a la ley es suficiente? ¿Tiene algún sentido exigirse la mera conformidad a la ley si el individuo no cambia sus valores? ¿Es lícito exigirse del individuo un cambio de valores si al mismo está garantizado el libre desarrollo de la personalidad? ¿Es posible, en una sociedad pluralista, sin una pauta de valores definida, exigirse del sujeto un cambio de valores? ¿No habría que cambiarse las pautas sociales para solo entonces exigirse cambios de valores por los sujetos?

SEXTA. La ambigüedad intrínseca de la idea, igualmente, echa por tierra cualquier posibilidad de objetivación y puede notarse fácilmente en

la modificación que se introdujo en el Código Penal español al introducir en el ordenamiento jurídico la llamada “prisión permanente revisable”.

SÉPTIMA. La misma idea, interpretada de distintas maneras, sirve para repudiar o para sostener el nuevo instituto. A depender de la interpretación que se da a la “meta resocializadora” es posible defender o rechazar a la prisión permanente revisable.

OCTAVA: Aunque incuestionable sea la existencia de una ambigüedad invencible, el eje de esa discusión se trava alrededor de una premisa falsa: la de que el Derecho Penal y es un instrumento de lucha ideológica que se reduce a políticas retribucionistas y antiretribucionistas. Así no hay condiciones de avanzar en términos de prevención especial.

NOVENA. El camino posible de avanzar alrededor de la cuestión preventiva especial de la pena es el del estudio científico de la personalidad, psiquismo y fisiología humanos y de los medios que hoy se disponen para la superación de una vida autodestructiva que ha conducido el individuo al submundo de la criminalidad. Esa no es una discusión de Derecho, es una profundización en el universo de las ciencias humanas del comportamiento que, lejos de llegaren a un consenso paradigmático, a penas ensayan los primeros pasos.

DÉCIMA. Hay una necesidad de armonización de la función preventivo especial de la pena con el Derecho Penal.

UNDÉCIMA. La función preventivo especial de la pena es una orientación imprescindible, pero no exclusiva del Derecho Penal, que debe servir también a otros fines para alcanzar su legitimación. Es decir, el mundo del Derecho no gira solo alrededor del delincuente concreto. La ley penal se dirige a todos los ciudadanos desincentivando la venganza privada y promoviendo la cohesión social en cuanto contribuye para fortalecer el sentimiento colectivo de confianza en el Derecho.

DUODÉCIMA. No hay antinomia entre los fines de la pena. Retribuir y prevenir conductas dañinas a la sociedad son una y la misma cosa, es inútil la contraposición de los fines de la pena.

DÉCIMA TERCERA. Superándose la visión antinómica de los fines de la pena, no es posible hablar sobre la finalidad *resocializadora* de la pena sin referirse a las distintas funciones que se le atribuye al Derecho penal mientras pasa por distintas fases en las que va dejando de ser una idea abstracta para efectivizarse en una realidad concreta. El sistema penal está dividido en tres fases, cada una de ellas con una función distinta sin perder con ello una relación dialéctica entre la precedente o la subsecuente y viceversa.

DÉCIMA CUARTA. En la primera fase del mismo, la ley penal abstractamente conminada obedece a la finalidad de la prevención general positiva o de la confirmación del valor de las normas. En su concreción (sentencia judicial) no solo se confirma la seriedad de la amenaza penal por medio de la aplicación de la sanción, como el Juez también deberá estar atento a las circunstancias personales del delincuente y de su “necesidad” de pena. Una vez aplicada la pena, se deja de enfocar la gravedad de la conducta para conferir énfasis a la necesidad de reunir todos los esfuerzos posibles hacia la reintegración social positiva del penado. Con base en la observación de sus circunstancias personales, con fundamento en el conocimiento científico multidisciplinar de las ciencias empíricas, se buscará su retorno a la sociedad en condiciones psicológicas de poder desarrollarse personalmente y respetar las normas imprescindibles a la convivencia social pacífica.

DÉCIMA QUINTA. Pretender que sea una idea orientadora de todo el Derecho Penal significaría legitimar que cualquiera inadaptable social cuya culpabilidad no fuera reconocida por una sentencia penal condenatoria pudiera cumplir una condena penal. De otra parte, desconsiderar la relación dialéctica entre las fases precedentes y subsecuentes, es decir, que en la ejecución penal también se hace necesario el respeto a la necesidad de prevención positiva general solo garantizada por la efectividad de las conminaciones penales sería dispensarle la pena a aquél, aunque haya sido reconocido culpable de un crimen, se encuentra adaptado socialmente (como suele pasar con los delincuentes de cuello blanco), distorsionándose la unidad de sentido del Derecho Penal.



DÉCIMA SEXTA. El estudio de la cuestión no se puede perder de vista la naturaleza del Derecho como ciencia del “deber ser” y de la Criminología como ciencia del “ser”. Un tipo de conocimiento complementa al otro. El Derecho apunta la dirección a ser seguida, mientras la Criminología se ocupará de los estudios acerca de las posibilidades concretas de avanzar en aquella dirección a través del análisis de los datos colectados de la realidad empírica, como también del estudio sobre la utilización y eficacia de los métodos empleados.

DÉCIMA SÉPTIMA. Aunque, en el ámbito criminológico, se haya proclamado en su día que “nada funciona”, los últimos resultados sobre el tratamiento penitenciario traen resultados positivos, por lo menos en cuanto comparados a aquellos individuos que, al cumplir una pena, no han recibido cualquier especie de tratamiento.

DÉCIMA OCTAVA. El desarrollo de la ejecución penal está centrada en el desarrollo de las ciencias del comportamiento (criminología y sus ciencias auxiliares: psicología, psiquiatría, etc). Infelizmente, esas ciencias pocos pasos conclusivos dieron, considerando su ausencia actual de consenso paradigmático.

DÉCIMA NOVENA. La Criminología y sus ciencias auxiliares no han superado todavía la identificación de la prevención del crimen exclusivamente con la mera custodia. La mera custodia previene al delito en la medida que el individuo mientras este preso no vuelve a practicar delitos. El camino a ser seguido está justo en esa superación: en el desarrollo de medios capaces de identificar la prevención del crimen con una criminología preventiva capaz de incentivar en el reo el abandono de las tendencias autodestructivas que le llevaron al crimen.

VIGÉSIMA. La palabra “orientación” y su carácter no imperativo, ni determinista, representa una necesidad de ecualización y reflexión realista alrededor de la idea. No es el pasaje por el sistema penal un portal mágico que deberá promover un cambio radical obligatorio y necesario en el penado. Aunque se configure un deber de la Administración Penitenciaria el ofrecimiento de medios *resocializadores*, el abandono de una vida autodestructiva hacia la criminalidad dependerá sobretodo de la

honestidad del penado respecto la asunción de su responsabilidad hacia las consecuencias del delito, de su fuerza de voluntad y, también, de los medios puestos a su disposición.

VIGÉSIMA PRIMERA. El término “desorientación” del Derecho Penal significa que la visión clásica de un Derecho Penal meramente disuasorio y castigador, cuyo conocimiento se organiza en forma de un sistema de razonamientos deductivos lógico-abstractos, se pierde frente a la complejidad y problematicidad que genera la orientación resocializadora de la pena, área del conocimiento de la que, tradicionalmente, se ocupa la Criminología.

VIGÉSIMA SEGUNDA. El actuar del Estado solo puede seguir dos direcciones: que la ejecución penal represente una intención predeliberada de hacer sufrir al que cometió un crimen, como forma de compensación del mal practicado, o que represente una intención predeliberada de servir de incentivo y apoyo al abandono de las prácticas delictivas, mediante la utilización de los más variados recursos.

VIGÉSIMA TERCERA. Hay imposiciones normativas de índole internacional – la prohibición de tratamiento inhumano y degradante, el respeto a los derechos fundamentales de los penados- que establecen un sin número de limitaciones al Estado en el momento de ejecutar la pena y que se configuran medidas protectoras al ciudadano. No hay que cuestionarse por tanto la existencia y aceptación de esos límites que constituyen una imposición, en un sentido negativo, al *jus puniendi* del Estado.

VIGÉSIMA CUARTA. Aunque represente para el Derecho Penal una “pérdida de dirección”, dejando la seguridad del saber sistemático hacia la práctica del saber problemático, la idea preventivo especial de la pena, norma de Derecho Constitucional en España, no puede sobrevivir sin una base de conocimientos de índole criminológica sobre los orígenes individuales y métodos preventivos capaces de superar a la mera custodia. El desarrollo de la ciencia criminológica, de carácter individual preventivo, es fundamental al desarrollo de la función preventivo especial de la pena, como manera de neutralizar e, incluso, superar a los efectos de prisonización,

reintegrar el preso a la sociedad y promover la pacificación de las relaciones sociales.

## **Bibliografía**

## Bibliografía

1. ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y límites al *jus puniendi* desde el Estado democrático, s/n edición, Madrid, Ed. Dilex, 2006.
2. AKERS, R.; KRHON, M. ; LONZA-KADUCE, L. Y RADOSEVICH, M. Social Learning and Deviant Behavior: A Specific Test of a General Theory, en: American Sociological Review, 44, 1979.
3. ALARCÓN BRAVO, J.: El tratamiento penitenciario, en Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria, Santiago de Compostela, 1978.
4. ALEXANDER, F./ STAUB, H., Le criminal et sus juges, Paris, Gallimard, 1934.
5. ANDREWS, D. A. y BONTA, J., The Psychology of Criminal Conduct, s/n edición, Cincinnati, The Anderson Publishing Co., 1998.
6. ANIYAR DE CASTRO, L., Criminología da Liberdade, s/n edición, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2005.
7. BACIGALUPO, E., Teoría y Práctica del Derecho Penal, Tomo I, 1ª. Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2009.
8. BAILEY, W., "Disaggregation Deterrence and Death Penalty Research: The Case of Murder in Chicago," The Journal of Criminal Law and Criminology, n. 74, 1986.

9. BANDURA, A., Teoría del aprendizaje social, 2a. edición, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1982.

10. BARBOSA SILVA, A. B., Mentas perigosas, o psicopata mora ao lado, s/n edición, Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2008.

11. BARREIRO, A. J., “Crisis Actual del Dualismo en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, actas del Congreso Internacional de la facultad de derecho de la UNED, realizado en Madrid, de 6 a 10 de noviembre de 2000, 1ª. Edición, Madrid, Edic. UNED, 2001.

12. BECCARIA, C., Tratado de los Delitos y de la Penas, s/n edición, Madrid, edición facssímil, 1774, traducción del italiano por D. Juan Antonio de las Casas, edición especial del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1993.

13. BECKER, H.S., Outsiders, Studies in the Sociology of Deviance, New York, 1963, The Free Press.

14. BENTHAN, J., El Panóptico, s/n edición, Madrid, Ed. La Piqueta , 1979.

15. BERISTAIN, A., Derecho Penal, Victimología y Criminología, 1ª. Edición, Curitiba, Ed. Juruá, 2007.

16. BERTILLON, A., Identificación Anthropométrique: instructions signalétiques, Melun, Impr. Administrative, 1893.

17. BOWERS, William J. y PIERCE, G., “Deterrence or Brutalization: What is the Effect of Executions?”, *Crime and Delinquency*, n. 26, 1980.

18. BUENO ARÚS, F., “Aspectos Positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, *Cuadernos de Política Criminal*, 7, 1979.

-“Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la criminología” en *Revista del Poder Judicial*, núm. 7, junio de 1983.

- La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica, s/n edición, Navarra, Editorial Aranzandi, 2005.

- Nociones de Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia, s/n edición, Madrid, Dykinson, 2008.

19. C. SHAW/H. McKay, *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969.

20. CAPLAN, G. *Principles of preventive psichiatry*, s/n edición, NY, Basic Books, 1976.

21. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 6ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2007.

22. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “El sentido actual del principio de reeducación y reinserción social”, publicado en “Presente y futuro de la Constitución Española de 1978”, Universidad de Valencia, 2005.

23. CLOWARD, R., y OHLIN, L., *Delinquency and Oportunity: A Theory of Delinquent Gangs*. New York, The Free Press, 1960.

24. COHEN, A. K., Delinquent Boys, The Culture of the Gang, Illinois, Glencoe, 1955.

-The Study of Social Dissorganization and Deviant Behavior, en: R. K. MERTON, L. BROOM y L. COTRELL (compiladores) Sociology Today, , New York, Basic Books, 1959.

25. COING, H., Fundamentos de la Filosofía del Derecho, Ed. Ariel, traducción de MAURI, 1961.

26. COOLEY, CH. H., Human Nature and the Social Order, Ed. Ch. Scribner's Son, New York, 1902.

27. CRESSEY, D., Epidemiologies and Individual Conduct: A case from Criminology, en: Pacific Sociological Review 3, 1960.

28. CRUZ MÁRQUEZ, B., Educación y prevención general en el derecho penal de menores, s/n, Barcelona, Marcial Pons, 2006.

29. CUESTA ARZAMENDÍ, J.L., "Retos principales del sistema penitenciario hoy", en Universitas Vitae, Libro Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero, PÉREZ ÁLVAREZ (Ed.), Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2007.

30. CULLEN, F. y GENDREAU, P., "The Effectiveness of Correctional Rehabilitation, en GOODSTEIN, L. y MACKENZIE, D.L.(ed.), The American Prison: Issues in Research Policy, New York, Plenum Press, 1980.

31. DAHRENDORF, R. Class and Class Conflict in Industrial Society, s/n ed., Connecticut, Stanford University Press, 1959.



32. DARWIN, C., El origen de las especies, 1ª. Edición, Barcelona, Planeta-Agostini, 1985, traducción de José P. Marco.

33. DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge y DA COSTA ANDRADE, Manuel, Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena, 1ª. Edición, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

34. DELLA PORTA, Della fisonomia dell'huomo, Pádua, 1620.

35. DESPINE, P. Psychologie naturelle. Étude sur les facultés intellectuelles et morales dans leur état normal et dans leur manifestations anormales chez les aliénés et chez les criminels, Paris, 1868.

36. DOMÍNGUEZ CEREZO, A. y GARCÍA ESPAÑA, E., *La Prisión en España – una perspectiva criminológica*, 1ª. Edición, Granada, Ed. COMARES, 2007.

37. DURKHEIM, E., “Deux Lois de l'évolution pénale. In: L'année sociologique. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1901.

-Da Divisão do Trabalho Social; trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura (et al.). São Paulo: Abril Cultural, 1978.

-Les Règles de la Méthode, París, 1895; La misma obra traducida al castellano: Las reglas del método sociológico (traducción de A. Ferrer y Robert), Akal Editor, 1978.

-El Suicidio (introducción y estudio previo de L. Díaz Sanchez), Akal Editor, 1982.

38. ESQUIROL, E., Memorias sobre la locura y sus variedades, s/n edición, Madrid, Ed. Dorsa, 1991, traducción de Carmen Gayo.

39. EYSENCK, H.J., *Crime and Personality*, Houghton Mifflin , Boston, 1954.

40. FALCÓN Y TELLA, M. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, s/n, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005.

41. FARRINGTON, D. P., *The explanation and prevention of youthful offending*, en CORDELIA, P. y SIEGEL, L. (Eds.), *Reading in Contemporary criminological theory*, s/n edición, Boston, North Eastern University Press, 1996.

42. FERDINAND, T. N., “Funcionan las penas?”, en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000, s/n edición, Madrid, UNED, 2001.

43. FERRI, E, *Nuevos Horizonte del Derecho y del Procedimiento Penal*, Góngora Ed., Madrid, 1887.

- *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, Madrid, Edit. de Góngora (versión castellana de Pérez Oliva, I.), 1887.

- *Polémica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, 1886.

- *Il Dinamismo Biológico di Darwin*, en: *Arringhe i Discorsi*, Dall'Oglio Ed., Milano, 1958.

44. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión*, 1ª. Edición española, Madrid, Ed. Siglo XXI, 1979, trad. Por Aurelio Garzón del Camino.

45. FREUD, S., “Las resistencias contra la psicoanálisis” in FREUD, S., Obras Completas, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1968.

46. GARCÍA VALDÉS, C. (coord.), Historia de la Prisión, Teorías Economicistas, s/n edición, Madrid, Edisofer, 1997.

- Comentarios a la legislación penitenciaria, 2a. edición, Madrid, Civitas, 1982.

- La Ideología Correccional de la Reforma Penitenciaria Española del Siglo XIX, sin n. edición, Madrid, EDISOFER, S.L., 2006.

47. GARCÍA, E., “Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. Revista do Ministério Público. Ministério Público do Rio de Janeiro. Número 26, julho/dezembro-2007. Rio de Janeiro, 2007.

48. GARCÍA, J. G., Drogodependencias y Justicia Penal, s/n edición, Madrid, Editado por Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior de España, 1999.

49. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función *resocializadora* del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, Madrid, ADPCP, 1979.

- *A Propósito del grado de Criminología*, en estudios Penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fábio Suárez Montes, FERNÁNDEZ TERUELO, J.V. (COORD.), s/n edición, Oviedo, Constitutio Criminales Carolina, D.L., 2013, pp. 261/270.

- Introducción al Derecho Penal, Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal, 5ª. edición, Ed. Universitaria Ramón Aceres, Madrid, 2012.

- Tratado de Criminología, 5ª. Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

50. GAROFALO, R., Criminología: studio sul delitto e sulla teoria della repressione, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1891.
51. GARRIDO GENOVÉS, V. y LÓPEZ LATORRE, M.J., La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social, s/n edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
52. GARRRIDO GUZMÁN, L.: Manual de ciencia penitenciaria, s/n edición, Edersa, Madrid, 1983.
53. GIMBERNAT ORDEIG, E., Concepto y Método de la ciencia del Derecho Penal, s/n, Madrid, Tecnos, 1999.
54. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E., “Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOGP” en Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, n. 33, 1995.
55. GLASER, “Criminality and Theories and Behavioral Images”, en: American Journal of Sociology, 61, 1956.
56. GLASER, D., “Differential Association and Criminological Prediction”, en: Social Problems, VIII, no. 1, 1960.
57. GOFFMAN, E., Asylums. Garden City, NY, Doubefay Anchor, 1961.
58. GONZALÉZ RUIZ, J. M., El cristianismo no es un humanismo, 2ª. Edición, Barcelona, Ediciones península, 1968.

59. GORING, C.B., The English Convict, a statistical study, s/n ed., Londres, Ed. Darling and Son Ltda., 1913.

60. GUERRY, A., Essai sur la Statistique Morale de la France, Paris, 1833.

61. GUPTA, A.; HARVEY-VALLENDER, L.; SINGH, J; GARG, J., Aetiology of minor crimes – are individual committing minor crimes influenced more by environmental factor or genetic traits?, *en* Forensic Research, n. 2, 2011.

62. HARE, R. y SCHALLING, D. (Eds), Psycopathic behavior: Approaches to research, s/n edición, New York, Wiley, 1978.

63. HARE. R., The Hare Psycopathy Checklist Revised, s/n edición, Toronto: Ontario, Multi-Health Systems, 2003.

64. HASSEMER, W. Fundamentos del Derecho Penal, s/n edición, Barcelona, Ed. Bosch, 1984.

65. HEGEL, G. W. F., Principios de la Filosofía del Derecho, 2ª. edición, Barcelona, Edhasa, 1999.

66. HOBBS, T., Leviatan o la materia forma y poder de un estado eclesiástico y civil, s/n edición, México, Editado por Fondo de Cultura Económica, 2014.

67. HOOTON, E. A., Los primitivos habitantes de las islas canarias, 1ª. ed., Santa Cruz de Tenerife, Idea, 2005.

68. HURRELMANN, K., *The limits and potencial of social intervention in adolescence: An Exemplary analysis*, en HURRELMANN, K., KAUFMANN, F.X., y LÖSEL, F. (Eds.), *Social Intervention: Potential and Constraints*, s/n edición, Berlín, Walter de Gruyter & Co, 1987.

69. JEFFERY, C., "Criminology as an Interdisciplinary Behavioral Science", en *Criminology*, n. 16, 1978.

- *Crime Prevention-through environmental design*. 1977, Sage, Beverly Hill.

70. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGED, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, quinta edición, Granada, Ed. Comares, 2002, traducción de CARDENETE.

71. KANT, *La Metafísica de la Costumbres*, 4ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2005, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho.

72. KIRSCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia*, s/n, Madrid, Civitas, 1949, traducción de Truyol y Serra.

73. LACASSAGNE, A., *Précis de Médecine Judiciaire*, Masson Ed., Paris, 1878.

74. LANDECHO, C. M., *La tipificación lombrosiana de delincuentes*, s/n edic., Madrid, UNED Ediciones, 2004.

75. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1994, traducción de M. Rodríguez Molinero.

76. LARRAURI PIJOAN, E., “La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias” en el Boletín Criminológico, n. 139, pp. 1 a 5, noviembre/2012, del Instituto Andaluz Interuniversitario de Andalucía.

77. LAVATER, J. C., L’art de connaitre les hommes par la physionomie, Paris, 1820.

78. LIPSEY, M., Design Sensitivity Statistical Power for Experimental Research, s/n edición, Thousand Oaks, CA, Sage Publications, 1990.

79. LIPTON, D. S., “The Effectiveness of Correctional Treatment Revisited Thirty Years Later”, 12th International Congress on Criminology in Soule, South Korea, 1998.

80. LOMBROSO, C., Los Criminales, s/n edición, Pamplona, Analecta Editorial, 2003, reproducción facsímil.

81. LORCA NAVARRETE, J. F., Temas de Teoría y Filosofía del Derecho, 5ª. edición, Málaga, Ed. Pirámide, 2007.

82. M. ANCEL, La Defense Sociale nouvelle, París, 1954.

82. MACKENZIE, R.D., Neighborhood: a study of local life in the city of Columbus, Ohio, s/n ed., Ohio, Ayer Co Pub, 1970.

83. MALAGUTI BATISTA, V., Introdução crítica a Criminologia brasileira, 2ª. Edición, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2012.

84. MANOUVRIER, L., La antropología y el derecho, Madrid, 1903.

85. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., La Reforma del Códifo Penal de 2015 Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2, de 30 de marzo, 1ª. Edicción, Madrid, Ed. LA LEY, 2015.

-Principios inspiradores del tratamiento (valoración de la personalidad y del ambiente), en VV.AA., COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): Comentarios a la legislación penal, Tomo VI. Vol. 2, s/n edición, Madrid, Edersa, 1986.

86. MAPELLI CAFARENA, B., Teoría de la Pena, Copistería Minerve S.A., s/n edición, Sevilla, 1987.

- Las Consecuencias Jurídicas del Delito, 4ª. Edición, Navarra, Ed. Thomson Civitas, 2005.

-Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Bosch, Barcelona, 1983.

87. MARTÍNEZ GALINDO, G., Galerianas, Corrigenda y Presas. Nacimiento y Consolidación de las cárceles de mujeres en España, s/n edición, Madrid, Edisofer, 2002.

88. MARTISON, R., "New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform", *Hofstra Law Review*, 1979.

89. MATZA D., y SYKES, G. H., Juvenile Delinquency and Subterranean Values, en: *American Sociological Review*, XXVI, 1961.

90. MATZA, D., Delinquency and Drift, New York, 1964, J. Wiley Sons; del mismo: Becoming Deviant, Englewood Cliffs, 1969, Prentice-Hall; también:



Subterranean Tradition of Youth, en: The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences, 1961.

-Delinquency and Drift, New York, Willey, New York, 1964.

91. MERTON, R.K., “Estructura social y Anomía: revisión y ampliación” en FROMM, E., HORKHEIMER, M.; PARSONS, T. y otros: La Familia, Barcelona, Ed. Península, 1972.

92. MIR PUIG, S., Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008.

93. MOLINÉ, José Cid et. al., *Teorías Criminológicas – Explicación y prevención de la delincuencia*, 1ª. Edición, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2001.

94. MONROE, R. R.; BALIS, G. RUBIN, J.; LION, J.; HULFISCH, Mc DONALD, M.; BARCIK, D.; Neuropsychiatric Correlations with Antisocial Behavior, en CICRIB, 1975, Sao Paulo.

95. MOREL, B., *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, Paris, 1857.

96. MOYA, L.A., SERRANO, M.A., y MARTÍN, J., Interacción testosterona y agresión: evolución y estado actual de la cuestión, en MOYA, L. (Coordinador), *Psicobiología de la violencia*, pp. 124-139, s/n edición, Madrid, Pirámide, 2010.

97. MUÑOZ CONDE, F. “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, Cuadernos de Política Criminal, 1979.

-“El tratamiento penitenciario”, en VVAA, Derecho Penitenciario y Democracia, s/n edición, Sevilla, Ed. Fundación El Monte, 1994.

98. ORTOLAN, M., Curso de Legislación Penal Comparada, Lecciones pronunciadas en la Facultad de Derecho de Paris, s/n edición, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

99. PARK, R.E., Race and Culture, en: collected papers of R. E. Park, vol. I edit. H. Glencoe, III, 1950.

100. PERROT, Michelle. *O inspetor Bentham. In: O Panoptico.* SILVA, Tomaz Tadeu (org.), s/ edición, Belo Horizonte. Ed. Autentica, 2000.

101. PINEL, P., A Treatise on Insanity, s/n edición, printed by W. Todd, for messrs. Cadell and Davies, Strand, London. 1806.

102. PIÑOL, JOSEP M. *La transición democrática de la Iglesia católica española*, pp. 155-165. Ed. Trotta. Madrid, 1999.

103. PRICHARD, Treatise on insanity and others disorders affecting the mind, London, 1835.

104. PRINS, A. La Defensa Social y las transformaciones del Derecho Penal, s/n edición, Madrid, Ed. Prudencio P. de Velasco, 1912.

105. QUETELET, L.A., Sur l’homme et le development de ses facultés, ou Essai de physique social, Paris, 1835.

106. RAINE, A., *Psicopatía, violencia y neuroimagen*, en RAINE, A. y SAMMARTÍN, J. (Eds.) *Violencia y Psicopatía*, s/n edición, Barcelona, Ariel, 2000.

107. RICO DE ESTASEN, J., “Un gran penitenciario español: el coronel Montesinos”, en ADPCP, 1953.

108. ROBLES. G., *Tería del Derecho, Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Vol. I, 4ª, edición, Pamplona, Ed. Civitas, 2012.

109. ROLIHLAHLA MANDELA, N., *La Autobiografía de Nelson Mandela: el largo camino hacia la libertad*, s/n edición, Madrid, Ed. Santillana, 2010.

110. ROSSEAU, J. J., *Contrato Social*, s/n edición, Madrid, S.L.U, Espasa Libros, 2012.

111. ROXIN, C. *Problemas Básicos del Derecho Penal*, s/n edición, Madrid, Ed. Reus, 1976.

-Derecho Penal, parte general, tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito, 1ª. Edición, Madrid, Civitas, 1997.

- Política criminal y sistema del derecho penal, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1ª reimpresión, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2002.

112. SALOMÃO SHECAIRA, S., *Criminologia*, 5ª. Edición rev., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

113. SANTA CECILIA GARCÍA, F., *Corrupción y Derecho Penal*, en Tribuna Complutense, p. 12, publicado en 14/10/2014.

114. SANTA CECILIA GARCÍA, F., *Crisis del Principio de Legalidad en Materia Penal*, en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO SIERRA, A., (Editores), Principios del Derecho, vol. I, S/n edición, Madrid, Ed. Dyckinson, 2014.

115. SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos Direitos Fundamentais, 9ª. edición, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

116. SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, M. I., El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social, 1ª. Edición, Madrid, Ed. Dykinson, 2012.

117. SERRANO MAÍLLO, A., Introducción a la criminología, 6ª. Edición, Madrid, Dykison, 2009.

118. SHAW, C.R. y ZORBAUGH, F.M. Delinquency Areas. A Study of the Geographie Distribution of School Truants, Juvenile Delinquents and Adult Offenders in Chicago, s/n. ed., Chocago, Literary Licensing, 2012.

119. STARCK, C., “La Dignidad del Hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho Alemán, en Dignidad de la persona, Derechos fundamentales y Justicia Constitucional (FERNANDEZ SEGADO, F. Cord.), s/n edición, Ed. Diykyson, Madrid, 2002.

120. E. SUTHERLAND y D. CRESSEY, Principles of Criminology, 10a. edición, Philadelphia, Lippincott, 1939.

- SUTHERLAND, EH., El delito de cuello blanco; trad. Rosa del Olmo, Madrid, Ed. La Piqueta, 1999.

121. SYKES, G y MATZA, D., Juvenile Delinquency and Subterranean Values, en: American Sociological Review, XXVI, n. 05, 1961.

122. SYKES, G y MATZA, D. Techniques of Neutralización: A Theory of a Delinquency, en: American Sociological Review, XXVI, n. 06, 1957.

123. TARDE, G., Le Lois de L'imitation, Étude Sociologique, s/n edición, Paris, Ed. Félix Alcan, 1890.

124. TÉLLEZ AGUILERA, A., “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*”, 2002.

125. THAPAR, A., LANGLEY, K., FOWLEY, T., RICE, F., WHINTTINGER, N., AGGLETON, J., VAN DEN BREE, M., OWEN, M. y O'DONOVAN, M., Catechol O-methyltransferase gene variant and birth weight predict early-onset antisocial behavior in children with attention-deficit/hyperactivity disorder, en Archives of General Psychiatry, 62, 1275-1278, 2005.

126. THOMAS, W.I., The Child in America, s/n edición, New York, Ed. Alfred A. Knopf, 1928.

127. THORTON, W.R., JAMES, J.A. y DOERNER, W.G., Delinquency and Justice, Glenview, IL, Scott, Foresman, 1982.

128. TRUYOL SERRA, A., Estudio preliminares a los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales, s/n edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1971.

129. URÍAS MARTÍNEZ, “El valor constitucional del mandato de resocialización” en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 63, 2001.

130. VOLD, G., BERNARD, T., SNIPES, J., Theoretical Criminology, New York, Oxford University Press, 1998.

131. VON LISZT, F., La idea del fin en el Derecho Penal: programa de la universidad de Marburgo (1882), s/n edición, Granada, Ed. Comares, 1995, introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar , traducción de Carlos Pérez del Valle.

132. W.THOMAS/F. ZNANIECKI, The Polish Peasant in Europe and America, s/n ed., Illinois, Univ of Illinois Ed., 1996.

134. WILSON, J. Q., y KELLING, G. L., Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime, s/n edición, New York, ed. Simon & Schuster, 1998.

135. WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, 3ª. edición, Madrid, Editorial Alianza, 2012.

136. ZAFFARONI, E., Derecho Penal parte general, 1ª. Edición, México, Ed. Porrúa, 2001.

137. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Fundamentos de Derecho Penal, 3ª. edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.